Die notwendige Verteidigung und ihre Weiterentwicklung in den Entwürfen zur Strafprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Jakob Kreitmair
aus Untermarbach
Referendar am Amtsgericht München

Approbiert am 10. Januar 1930.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

30:220

Referent:
Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt:

Begriffliche und geschichtliche Grundlagen der Verteidigung.

1. Kapitel: § 1. Begriff und Wesen der Verteidigung . . 1
2. Kapitel: § 2. Arten der Verteidigung 3
§ 3. Die notwendige Verteidigung im besonderen 4
§ 4. Das Wesen der Verteidigung, im besonderen das der notwendigen Verteidigung . . . 6
3. Kapitel: § 5. Die Rechtfertigung der Verteidigung, im besonderen der notwendigen Verteidigung . 9
4. Kapitel: § 6. Kurzer geschichtlicher Ueberblick über die notwendige Verteidigung 12

II. Abschnitt:

Die notwendige Verteidigung nach geltendem Recht.

1. Kapitel: § 7. Leitende Gesichtspunkte bei den einzelnen Fällen der notwendigen Verteidigung . . 18
§ 8. Fälle der notwendigen Verteidigung . . 19
§ 9. Beginn und Ende der notwendigen Verteidigung. Dauer der Bestellung . . . 33
2. Kapitel: § 10. Die Zulassung zum Verteidigeramt und die Uebernahmepflicht 43
§ 11. Der zur Wahl oder Bestellung Berechtigte . 49
§ 12. Rechtliche Natur der Verteidigerwahl und Verteidigerbestellung 52
3. Kapitel: § 13. Inhalt der notwendigen Verteidigung . . 56
4. Kapitel: § 14. Kosten der notwendigen Verteidigung . . 62

III. Abschnitt:

Die Weiterentwicklung der notwendigen Verteidigung in den Entwürfen der Strafprozeßordnung.

§ 15. Bestrebungen und Ziele im allgemeinen . 64
§ 16. Der Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung von 1894 . . . 65

Seite

§ 17. Die Vorschläge der Kommission für die Reform des Strafprozesses von 1905 . . . 67

§ 18. Die Regelung im Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1908 71

§ 19. Die Regelung im Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen von 1919 79

§ 20. Die Regelung in den weiteren Entwürfen von 1922 und 1923 84

§ 21. Die endgültige Regelung durch die Verordnung vom 4. I. 1924 über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege 86

§ 22. Die Regelung der notwendigen Verteidigung in der Strafprozeßnovelle auf Grund des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz 88

Literatur.

Aschrott: Reform des Strafprozesses, Berlin 1906.
Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin/Leipzig, 1928.
Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, Breslau 1900.
Benedikt: Die Advokatur unserer Zeit, Wien 1903.
Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
Brügel: Wahl und Bestellung des Verteidigers nach dem Entwurf der Strafprozeßordnung (Reichstagsvorlage 1909) Dissertation 1910.
Daude: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin-München 1928.
Dohna Graf zu: Das Strafprozeßrecht, systematische Darstellung, Berlin 1925 u. 1929.
Deutsche Juristen-Zeitung (D. J. Z.)
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).
Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin-Leipzig 1926
Friedländer: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung, München 1920.
Frydmann, Systematisches Handbuch der Verteidigung in Strafsachen, Wien 1878.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß, eine systematische Darstellung, München-Berlin-Leipzig 1927.
Gerichtssaal: Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß (Ger. S.).
Glaser: Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883.
Goldammers Archiv für Strafrecht (Gold. Arch.).
Hahn: Die gesamten Materialien für Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben v. 1. II. 1877, Berlin 1881.
Hartung: Im Recht 1924, S. 193 ff.: Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege und die strafrechtlichen Nebengesetze.
Heinemann in Aschrott: Reform d. Strafprozesses, S. 334 ff.
Heß: Jugendwohlfahrtsrecht, Handausgabe mit Erläuterungen, München 1926.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts I u. II, Berlin 1879.
John: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Erlangen 1886/88.
Köhler: Ger. S. 53, S. 161 ff.
von Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
Löwe-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung, 18. Aufl. Berlin/Leipzig 1929.

Mamroth: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Berlin 1900.
Mittermeier: Anleitung zur Verteidigungskunst im Deutschen Strafprozeß, Regensburg 1845.
Mommsen: Römisches Strafrecht in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1899.
Pinoff: Die Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1905.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (RG. Rspr.).
Rosenberg in Aschrott: Reform des Strafprozesses, S. 306 ff.
Rosenfeld: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1926.
Schultetus: Die Verteidigung in Strafsachen, Berlin 1907.
Schwarze von: Erörterungen praktisch-wichtiger Materien aus dem deutschen Strafprozeßrecht, Leipzig 1880.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, München 1898.
Vargha: Die Verteidigung in Strafsachen, Wien 1879.

Entwürfe zur Strafprozeßordnung und die Berichte der Reichstagskommissionen über dieselben.

Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung nebst Begründung dazu. Abgedruckt in den Stenogr. Ber. des Deutschen Reichstags. IX. Legislaturperiode, III. Session, 1894/95. Erster Anlageband. Nr. 15.

Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung nebst Begründung. Abgedruckt in den Stenogr. Ber. des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97, 1. Anlagebd. Nr. 73.

Bericht der Reichstagskommission (XI. Kommission) über die Reichstagsvorlage von 1909, Abgedr. in den Sten. Ber. des Reichstags, IX. Leg.-Per., IV. Session, 3. Anlageband, Nr. 294.

Entwurf einer Strafprozeßordnung, Berlin 1908, Verl. von Otto Liebmann.

Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1909, abgedruckt in den Verhandlungen des Reichstages, Bd. 254, Nr. 1310 und Bd. 270, Nr. 7.

Bericht der Reichstagskommission, 7. Komm. über den Entwurf von 1909, abgedruckt in den Verhandlungen des Reichstags, Bd. 278, Nr. 638. 1911.

Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, Berlin 1920, Verl. v. Otto Liebmann.

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte von 1922 veröffentlicht in Nr. 157 des Deutschen Reichsanzeigers vom 19. Juli 1922.

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte von 1923, abgedr. in den Verhandl. des Reichstags, Bd. 378, Nr. 5884.

Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927 herausgegeben von Dr. Schäfer, Berlin, 1927.

Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz nebst Begründung; Berlin 1929, erschienen im Verlag von Otto Liebmann.

I. Abschnitt.

Begriffliche und geschichtliche Grundlagen der Verteidigung.

1. Kapitel.

§ 1. Begriff und Wesen der Verteidigung.

Verteidigen heißt den Angriff eines Menschen von sich oder einem anderen abwehren. Nicht fällt unter den Begriff der Verteidigung der Schutz gegen Naturereignisse. Gegen diese schützt man sich, gegen einen Menschen verteidigt man sich. Verteidigen kann man seine Person oder seine Rechtsgüter, die Person des Nächsten, oder die Rechtsgüter desselben. Welcher Mittel man sich zur Verteidigung bedient, desgleichen, ob die Verteidigung gegen einen berechtigten oder unberechtigten Angriff erfolgt, ist für den Begriff gleichgültig. Verteidigung im Sinne des Strafprozeßrechtes ist die teilweise oder gänzliche Abwehr des in der Geltendmachung des Strafanspruchs seitens des Staates durch seine Organe erfolgenden Angriffs von dem Beschuldigten oder Einziehungsinteressenten durch diesen selbst oder anderer Personen für ihn. Die abwehrende Tätigkeit selbst braucht nicht in einem positiven Eingreifen zu bestehen, es genügt schon, wenn der Verteidiger darüber wacht, daß keine ungesetzlichen Handlungen zum Nachteil des Beschuldigten oder Einziehungsinteressenten vorgenommen werden. Der Zweck der Verteidigung ist Abwehr des Strafanspruchs oder dessen Abschwächung. Es wäre also, streng genommen, die sog. Prozeßverteidigung, welche sich nur auf die Ueberwachung der Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens beschränkt, nicht hieher zu rechnen. Doch ist diese Prozeßverteidigung ein Hilfsmittel zur eigentlichen Verteidigung, ein naturale, nicht ein essentiale. Aus diesem Grunde ist sie daher auch hierher zu rechnen.

Verteidiger im Sinne der aufgestellten Definition wäre auch der gesetzliche Vertreter und der Beistand, der für und mit dem Beschuldigten auftritt, und der Vertreter für den abwesenden Beschuldigten.

Verteidiger im technischen Sinne der Strafprozeßordnung aber ist nur derjenige, der im Strafverfahren dieselbe Stellung und dieselben Aufgaben wahrnimmt, die die Strafprozeßordnung unter der technischen Bezeichnung „Verteidigung" zusammenfaßt. Dieser Begriff der Verteidigung umfaßt jede Art rechtlicher Abwehr des in der Anklage liegenden Angriffs seitens des Staates. Die Verteidigung ist demnach auf die Geltendmachung von Rechtsgründen beschränkt, da sich der Richter heute bei seinem Urteile nur mehr nach dem Gesetz zu richten hat und von außergesetzlichen Motiven sich nicht mehr leiten lassen darf.

Demnach hat sich bei uns die Verteidigung darauf zu beschränken,

a) daß nicht jemand bestraft wird für eine Handlung, für die unser materielles Strafrecht keine Strafe vorsieht,
b) daß er nicht härter bestraft wird, als das Gesetz es will,
c) daß er nicht unter Verletzung von Verfahrensvorschriften bestraft wird. Darunter (unter c) fällt vor allem, daß er nicht bestraft wird, ohne daß der Beweis der Schuld gegen ihn erbracht ist.

Im weiteren Sinne gehört zur Verteidigung auch die Gnadenbitte, besonders nach Rechtskraft des Urteils. Ferner gehört zur Verteidigung im weiteren Sinne die Stellvertretung durch einen Anwalt für einen abwesenden Beschuldigten vor Gericht.

Verteidigung ist Abwehr des nach Form und Inhalt ungerechten Strafanspruchs. Dies ist solange möglich, bis das Urteil rechtskräftig geworden ist. Verteidigung ist daher auch noch möglich bei Einlegung von Rechtsmitteln gegen ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urteil. Verteidigung ist aber auch möglich im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens, denn hier handelt es sich immer noch um die Abwehr des staatlichen Strafanspruchs, da die Aufrechterhaltung des erstinstanziellen Urteils nur erfolgen darf, wenn auch im Wiederaufnahmeverfahren gegen den Beschuldigten der volle Nachweis der Schuld gelingt.

Aufgabe der Verteidigung ist demnach der Schutz des Beschuldigten dahin, daß seine Menschenrechte, insbesondere das seiner persönlichen Freiheit, gegenüber dem Staate gewahrt werden. Dadurch erfüllt die Verteidigung mittelbar auch wichtige Aufgaben der Gesellschaft, nämlich Wahrung der bürgerlichen Freiheit. Der Verteidiger ist somit als Anwalt der Gesellschaft anzusehen, im Gegensatz zum Staatsanwalt, der die Interessen des Staates vertritt.

Verschieden vom Verteidiger ist der Vertreter; dieser ist derjenige, der in der Hauptverhandlung für den abwesenden Beschuldigten auftritt und dessen Rechte wahrnimmt.

Verteidiger im technischen Sinne der StrPO. sind nach dem Ausgeführten ebenfalls nicht der gesetzliche Vertreter und der Beistand.

2. Kapitel.

§ 2. Arten der Verteidigung.

Die Verteidigung teilt man ein[1])

1. Je nach der Richtung der Verteidigung:

a) in Strafverteidigung.

Die Strafverteidigung richtet sich gegen den Anspruch des Staates als solchen; sie widerspricht dem Anspruch entweder ganz oder in der geltend gemachten Höhe. Die Strafverteidigung arbeitet mit Gründen des materiellen Strafrechts; sie macht gegebenenfalls geltend, daß die dem Beschuldigten vorgeworfene strafbare Handlung überhaupt keine Handlung des Beschuldigten sei, daß sie nicht rechtswidrig, nicht schuldhaft sei, oder daß Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe vorliegen, die den Beschuldigten straflos lassen; oder sie führt Umstände an, welche die Strafbarkeit zwar bestehen lassen, aber diese mildern oder mindern.

b) in Prozeßverteidigung.

Diese richtet sich gegen die Form des geltend gemachten staatlichen Strafangriffes. Sie sucht den Strafangriff abzuwehren, weil er nicht nach den Prozeßvorschriften erfolgt.

2. Je nach der Person des Verteidigers:

a) in materielle.

Unter dieser faßt man gewöhnlich die Tätigkeit des Beschuldigten selbst zur Abwehr des Strafangriffs, denn auch die Tätigkeit des Gerichts und des Staatsanwaltes, die dieselben zugunsten des Beschuldigten vorzunehmen haben, zusammen. Soweit man unter materieller Verteidigung die Tätigkeit des Beschuldigten zu seinen Gunsten verstehen will, ist dagegen nichts einzuwenden. Unzutreffend ist es aber, auch die Tätigkeit des Gerichts und des Staatsanwaltes zugunsten des Beschuldigten als Verteidigung zu bezeichnen. Verteidigen heißt nämlich, einen Angriff abwehren. Nun kann aber nicht der Staatsanwalt seinen eigenen Angriff abwehren. Kein Mensch wird wenigstens im gewöhnlichen Leben dies sagen. Der Staatsanwalt kann vielmehr nur seinen Angriff einschränken. Sache des Gerichtes dagegen ist es, ein gerechtes Urteil zu fällen. Zu diesem Zweck ist es ganz selbstverständlich, daß das Gericht auch alle diejenigen Umstände zu berücksichtigen sucht, die ihm diese Aufgabe ermöglichen.

[1]) Vergleiche zu folgendem Birkmayer: Deutsches Strafprozeßrecht S. 349 ff; Bennecke-Beling: S. 137, Köhler Ger. S. 53, S. 164 ff. Frydmann S. 113 bis 118; Glaser II. S. 223 ff; John I. S. 948; Vargha S. 277 ff; Gerland S. 140.

[2]) Vergl. zum Begriff der materiellen Verteidigung besonders John Kommentar zur Strafprozeßordnung: I. S. 948 ff.

b) informelle.

Diese Verteidigung ist jene im technischen Sinne der StrPO., also dasjenige Amt des Strafprozesses, dessen Aufgaben und Befugnisse die StrPO. mit der Bezeichnung „Verteidigung" versieht. Die formelle Verteidigung bietet Gewähr dafür, daß alle Prozeßformen und alle Rechte des Beschuldigten gewahrt bleiben, daß das Material, soweit zulässig, voll vorgebracht wird, ganz allgemein, daß das Gesetz richtig zur Anwendung kommt. Da diese Verteidigung alle Wohltaten und Garantien des Rechts in Anspruch nimmt, so kann sie nur von einer Person geführt werden, die von der des Beschuldigten verschieden ist und die rechtskundig ist. Diese Verteidigung wird auch deshalb formell genannt, weil sie nach ihren eigenen Gesetzen und Bestimmungen, nach ihren eigenen Rechten ihres Amtes waltet und weil sie bestrebt ist, den gesamten im Prozeß zur Verhandlung gelangten Stoff unter das richtige Gesetz zu bringen.

3. Innerhalb der formellen Verteidigung unterscheidet man wieder mit Rücksicht auf die prozessuale Bedeutung:

a) freiwillige Verteidigung, besser nach dem Vorgange Birkmayers „zulässige" Verteidigung genannt.

Hier ist die Mitwirkung eines Verteidigers in das Belieben des Beschuldigten gestellt.

b) notwendige Verteidigung.

Darüber siehe weiter unten.

4. Je nach der Art der Berufung des Verteidigers unterscheidet man:

a) Wahlverteidigung.

Von Wahlverteidigung spricht man dann, wenn der Verteidiger zu seinem Amte berufen wird durch die Wahl des Beschuldigten oder dessen gesetzlichen Vertreters.

b) bestellte Verteidigung.

Von dieser spricht man dann, wenn der Verteidiger zu seinem Amte berufen wird durch die Bestellung des Gerichts. Bestellte Verteidigung und notwendige Verteidigung ist mithin nicht gleich.

5. Mit Rücksicht auf die Person des zum Verteidiger Bestellten unterscheidet man zwischen Offizialverteidigung und freier Verteidigung. Von ersterer spricht man dann, wenn der Verteidiger zur Uebernahme der Verteidigung verpflichtet ist, von letzterer, wenn es im Belieben des Verteidigers steht, die Verteidigung zu übernehmen.

§ 3. Die notwendige Verteidigung im besonderen.

Sie ist eine Unterart der formellen Verteidigung und steht neben der freiwilligen Verteidigung. Der Begriff der notwendigen Verteidigung ist verschieden definiert worden. Eine An-

sicht [3]) stellt als Hauptmerkmal derselben auf, daß der Beschuldigte gezwungen wird, einen Verteidiger zu haben, daß demnach die Zuziehung eines Verteidigers unabhängig vom Willen des Beschuldigten erfolgt. Bei dieser Begriffsbestimmung wären nur die Fälle des § 140 Abs. 1 Strafprozeßordnung Fälle der notwendigen Verteidigung. · Eine andere Ansicht [4]) bezieht auch die Fälle, in denen auf Antrag des Beschuldigten hin ein Verteidiger beigezogen werden muß, in die Fälle der notwendigen Verteidigung mit ein und bestimmt demnach den Begriff der notwendigen Verteidigung dahin, daß das Gericht, sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag, gezwungen ist, für das Vorhandensein und die Mitwirkung eines Verteidigers im Strafverfahren zu sorgen. Dem Gesetze liegt die zweite Begriffsbestimmung zugrunde. Diese ist daher für die maßgebende zu halten. Man kann also sagen, die Verteidigung ist dann notwendig, wenn das Gericht gezwungen ist, für die Beiziehung eines Verteidigers zu sorgen und diese ein wesentliches Verfahrungserfordernis bildet. Die Mitwirkung eines Verteidigers gehört demnach bei der notwendigen Verteidigung zu den wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens, welches ohne dieselbe nicht vonstatten gehen darf.

Diese zweite Begriffsbestimmung ist die umfassendere, da in den Fällen, in denen das Gericht von Amtswegen gezwungen ist, für das Vorhandensein eines Verteidigers zu sorgen, auch der Beschuldigte gezwungen ist, einen Verteidiger zu haben; in den Fällen der auf Antrag notwendigen Verteidigung dagegen nur das Gericht für das Vorhandensein eines Verteidigers Sorge zu tragen hat, während es dem Beschuldigten frei steht, ob er einen Verteidiger haben will.

Bei der freiwilligen Verteidigung dagegen ist es nur dem Ermessen des Beschuldigten überlassen, ob er sich der Hilfe eines Verteidigers bedienen will. Zwischen der notwendigen Verteidigung und der freiwilligen Verteidigung liegen dann die Fälle, in denen zwar eine Mitwirkung eines Verteidigers nicht obligatorisch vorgeschrieben ist, in denen aber dennoch ein Verteidiger mitwirken soll und demnach das Gericht einen solchen, falls eine Wahl nicht erfolgt ist, bestellen soll. Es sind dies Fälle der hier sog. „Sollverteidigung", § 141 Strafprozeßordnung.

Innerhalb der notwendigen Verteidigung selbst unterscheidet man [5]) wieder zwischen unbedingt notwendiger und bedingt notwendiger. Unbedingt notwendig ist die Verteidigung dann, wenn sie zu erfolgen hat unabhängig von einem Antrag des Beschuldigten, bedingt notwendig dann, wenn sie nur zu erfolgen hat, falls ein entsprechender Antrag des Beschuldigten oder seines gesetzlichen Vertreters gestellt wird.

---

[3]) von Kries S. 235. John I. S. 986. Frydmann S. 115.

[4]) so Glaser II. S. 225; Birkmayer S. 353; Köhler Ger. S. 53, 168; Bennecke-Beling S. 139.

[5]) so Holtzendorff Hdb. I. 396.

§ 4. Das Wesen der Verteidigung, im besonderen das der notwendigen.

Ueber die juristische Natur der Verteidigung sind vier Ansichten aufgestellt worden.

1. Der Verteidiger ist Vertreter des Beschuldigten. Seine Handlungen gelten als Handlungen des Beschuldigten.[6])

2. Der Verteidiger ist nur in Ausnahmefällen Vertreter, in der Regel dagegen ist er Beistand. Er hat dem Beschuldigten bei Wahrung seiner Interessen und Rechte zu unterstützen, nicht zu vertreten.[7])

3. Der Verteidiger ist nicht bloß Beistand des Beschuldigten, sondern auch Beistand des Gerichtes.[8])

4. Der Verteidiger ist in den Fällen der notwendigen Verteidigung Beistand des Gerichts, in den Fällen der freiwilligen Verteidigung Beistand des Beschuldigten.[9])

Wichtig ist die Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Verteidigung für die Beantwortung der weiteren Frage ob der Verteidiger vom Willen des Beschuldigten abhängig ist, oder nicht. Bei der Betrachtung über das Wesen und der juristischen Natur der Verteidigung ist von folgenden zwei Gedanken auszugehen.

Erstens: Unsere Strafprozeßordnung hält an dem Prinzip des Sichpersönlichverantwortens fest und läßt grundsätzlich eine Vertretung des Beschuldigten im Strafverfahren, abgesehen von nur wenigen Ausnahmefällen, nicht zu. Der Beschuldigte hat selbst über seine Tat Rede und Antwort zu stehen und zu diesem Zweck persönlich vor Gericht zu erscheinen. Letzteres kann nötigenfalls erzwungen werden. Der Verteidiger ist ihm bei seiner Verantwortung nur behilflich, er unterstützt ihn, vertritt ihn aber nicht. Ausgeschlossen ist somit die Natur der Verteidigung als ein Vertretungsverhältnis zwischen Beschuldigten und Verteidiger. Die erste Ansicht ist also unrichtig.

Zweitens: Die förmliche Verteidigung ist im öffentlichen Interesse angeordnet. Sie ist ein Institut des öffentlichen Rechts. „Die Verpflichtungen, die dem Verteidiger obliegen, die Befug-

---

[6]) Diese Ansicht vertritt von Kries in seinem Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes Seite 233.

[7]) Diese Ansicht wird vertreten vom Reichsgericht (RGSt. 37/23) (Recht 24 Nr. 1078). Ferner von Schwarze Ger. S. 11, 22. Dalke, Gold. Arch. 9, 161. Köhler, Ler. S. 53, 218. Ferner von Liszt und von Lilienthal D. J. Z. 6, 102, 180, 19, 30.

[8])Diese Ansicht wird vertreten von Frydmann „Systemat. Handbuch der Verteidigung" S. 65; ferner von Vargha „Die Verteidigung in Strafsachen", S 278, 350.

[9]) Diese Ansicht vertritt Gerland in seinem „Deutschen Strafprozeßrecht" S. 151.

nisse, die er wahrzunehmen hat, sind Verpflichtungen und Befugnisse des öffentlichen Rechts. Als solche sind diese Verpflichtungen und Befugnisse der Pivatdisposition des Beschuldigten in der Weise entzogen, daß ein Verteidiger, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, sich damit gewiß nicht entschuldigen könnte, daß er zu seinen Pflichtverletzungen von seinem Klienten autorisiert sei." (John, Kommentar zur Strafprozeßordnung S. 966.)

Dieser zweite Punkt hebt die Stellung des Verteidigers für das Strafverfahren über die Stellung des Rechtsanwaltes im Zivilprozeß hinaus und macht ihn zu einem Organ der Rechtspflege. Doch hat der Verteidiger auch in dieser öffentlichen Stellung immerhin in erster Linie die Interessen seines Klienten zu wahren. Er darf also nie gegen denselben tätig werden. Es liefe durchaus der Verteidigung zuwider und würde eine schwere Pflichtverletzung bedeuten, wenn der Verteidiger das Gericht zum Nachteil seines Klienten bei der Feststellung des Sachverhaltes unterstützen wollte. Der Verteidiger ist vielmehr nur zur Unterstützung des Beschuldigten berufen. Insofern als er für eine erschöpfende Aufklärung des Sachverhaltes und für die Heranziehung aller Umstände, die zugunsten des Beschuldigten sprechen, sorgt, unterstützt er dadurch zwar auch das Gericht. Diese Unterstützung des Gerichtes ist aber nur eine mittelbare. Dadurch wird jedoch der Verteidiger nicht zum Beistand des Gerichts. Das müßte nämlich dann auch der Beschuldigte werden, der dem Gericht durch Vorbringen von Material zu seinen Gunsten behilflich wird. Doch wird kein Mensch von dem Beschuldigten sagen, daß er dadurch zum Beistand des Gerichtes werde. Das gleiche gilt auch hinsichtlich des Verteidigers; dieser also ist nicht Beistand des Gerichtes, sondern nur Beistand des Beschuldigten. Er wird zugunsten des Beschuldigten neben diesem im Prozeß tätig. Er unterstützt den Beschuldigten mit seiner Sach- und Rechtskenntnis und Erfahrung. Er darf aber nicht ausschließlich im Interesse des Beschuldigten tätig werden, da die Verpflichtungen und Befugnisse, die er wahrzunehmen hat, auch solche des öffentlichen Rechtes sind. Der Verteidiger darf sich mithin nicht geradezu mit dem Beschuldigten, mit dessen Bestrebungen und Wünschen identifizieren und alle dessen selbstischen Interessen unbeschränkt wahren. Er hat vielmehr noch bei aller Sorge für den Beschuldigten auch das öffentliche Interesse wahrzunehmen, daß einerseits dahin geht, daß die bürgerliche Freiheit des Einzelnen nicht ungesetzlich beschränkt werde, anderseits aber dahin, daß nicht Verbrecher durch ihren Verteidiger mit ungesetzlichen und unlauteren Mitteln ihrer Strafe entzogen werden.

Damit läßt sich auch die andere hiermit zusammenhängende Frage beantworten, nämlich: ob der Verteidiger vom Beschul-

digten abhängig ist oder nicht. Der Verteidiger könnte nur dann vom Beschuldigten abhängig sein, wenn er allein dessen Interessen zu verfolgen hätte; da aber dies nicht zutrifft, sondern er auch öffentliche Interessen zu wahren hat, so ergibt sich daraus, daß man den Verteidiger bei Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht dem Willen des Beschuldigten unterwerfen kann. Die Rechte, die das Gesetz dem Verteidiger verleiht, sind demnach dessen eigene und selbständige Rechte, die von den Rechten des Beschuldigten unabhängig sind. Der Verteidiger kann deshalb bei Handhabung dieser seiner Rechte nicht an den Willen des Beschuldigten gebunden sein; er ist vollkommen, soweit das Gesetz ihn nicht ausdrücklich ausnahmsweise an den Willen des Beschuldigten bindet, bei Führung der Verteidigung unabhängig. Der Verteidiger hat also im Grunde die Stellung eines Spezialpflegers für den Beschuldigten im Strafverfahren, eines tutor ad hoc.[10])

Abhängig ist der Verteidiger von dem Willen des Beschuldigten, abgesehen von den Bestimmungen der §§ 297, 302/II Strafprozeßordnung, also der Einlegung und Zurücknahme von Rechtsmitteln nur insoweit, als es von diesem, von den Fällen der Bestellung durch das Gericht abgesehen, abhängt, ob der Verteidiger überhaupt zu seinem Amte berufen wird. Wenn er aber gewählt ist, dann verwaltet er ein öffentliches Amt, das Verteidigeramt, und ist nur mehr dem Gesetze und seinem Gewissen unterworfen, solange dieses Amt dauert. Freilich hat es der Beschuldigte in der Hand, einen Verteidiger, der sein Amt gegen seinen Willen führt, durch Kündigung des Auftrags zu entfernen und sich einen anderen gefügigeren Verteidiger zu wählen. Im Falle der Bestellung eines Verteidigers durch das Gericht kann der Beschuldigte seinem Willen gegenüber seinem Verteidiger dadurch Geltung verschaffen, daß er sich selbst einen Verteidiger wählt und dadurch das Gericht zur Zurücknahme der Verteidigung zwingt.

All dies Angeführte gilt sowohl im Falle der freiwilligen Verteidigung, als auch im Falle der notwendigen Verteidigung, da unser Gesetz nirgends einen Unterschied zwischen den beiden Arten gemacht hat. Unrichtig ist daher die Ansicht, die Holtzendorff in seinem „Handbuch des deutschen Strafprozeßrechtes", Bd. I S. 405, vertreten hat und der sich auch Gerland in seinem Lehrbuch auf S. 151 angeschlossen hat, wonach in den Fällen der notwendigen Verteidigung der Verteidiger Beistand des Gerichtes und vom Willen des Beschuldigten unabhängig, in den Fällen der nicht notwendigen dagegen Beistand des Beschuldigten und von dessen Willen abhängig sein soll.

---

[10]) Vergleiche Löwe S. 362 Vorbemerkung 8 d zu § 137.

3. Kapitel.

§ 5. Rechtfertigung der Verteidigung, im besonderen der notwendigen Verteidigung.

In unserem Strafprozeß gilt heute das Prinzip der sogen. materiellen Wahrheit, d. h. der Richter hat von Amtswegen für die Feststellung des Sachverhaltes zu sorgen und dabei alle Umstände, auch die zugunsten des Beschuldigten sprechenden, unabhängig von den Anträgen der Prozeßbeteiligten von Amtswegen zu berücksichtigen, § 155, Abs. 2 Strafprozeßordnung. Die gleiche Verpflichtung hat auch der Staatsanwalt, § 160 Abs. 2 Strafprozeßordnung. Man faßt diese Verpflichtungen des Gerichts und der Staatsanwaltschaft gewöhnlich unter dem allerdings unrichtigen Ausdruck „materielle Verteidigung" zusammen. Der Beschuldigte soll demnach in Richter und Staatsanwalt nicht seine einseitigen Gegner, sondern seinen gerechten Richter und einen objektiven Vertreter der Staatsgewalt finden. Es entsteht nun die Frage, ob bei dieser Sachlage der Beschuldigte überhaupt noch eines eigenen Verteidigers bedarf oder ob der Schutz, den das Gesetz durch diese Verpflichtungen von Gericht und Staatsanwalt dem Beschuldigten angedeihen läßt, ausreichend sei. Diese Frage ist unter allen Umständen, trotz der genannten Verpflichtung von Gericht und Staatsanwaltschaft dahin zu beantworten, daß recht wohl ein Bedürfnis für die Zulassung eines eigenen Verteidigers besteht, da der Schutz des Beschuldigten durch Gericht und Staatsanwaltschaft sich bei genauerer Betrachtung als völlig ungenügend erweist. Der Richter wird zu einer Tätigkeit zugunsten des Beschuldigten nur wenig Gelegenheit finden. Er wird sich bei der großen Belastung mit Geschäften meist nur ungenügende Aufklärung des Sachverhaltes verschaffen können, und es werden ihm daher die näheren Verhältnisse des Beschuldigten meist fremd bleiben. Er erhält oft nur ein Bild des Beschuldigten und dessen Tat aus den Akten, die ihm von der Staatsanwaltschaft vorgelegt werden; ein Bild, das oft nur wenig und nur mangelhaft in der Hauptverhandlung ergänzt oder berichtigt wird. Auch ist es für den Richter manchmal nicht ganz angebracht, von sich aus allzusehr sich um alle Verhältnisse des Beschuldigten mit großer Sorgfalt zu bekümmern, da er dadurch leicht den Anschein von Stellungnahme für diesen auf sich laden kann.

Ebensowenig ist auch der Staatsanwalt geeignet, zur Erforschung aller zugunsten des Beschuldigten sprechenden Umstände. Das Interesse am Erfolge einer angefangenen Arbeit, der Wille, dem Verbrechertum im Staate ernstlich zu steuern und die meist zu Anfang der Untersuchung einmal begründete Ueberzeugung von der Schuld eines ihm Verdächtigen wird ihn gegen manche Entlastungsmomente des Beschuldigten und manche Angaben desselben, die auf Umstände zu seinen Gunsten führen

könnten, taub machen. Psychologisch ganz verständlich ist es daher, wenn der Staatsanwalt geneigt ist, eher schärfer gegen den Beschuldigten vorzugehen, als zu gelinde.

Gleichwenig ist ferner auch der Beschuldigte geeignet, sich selbst ausreichend zu verteidigen. Ihm fehlt zumeist die Rechtskenntnis, die es ihm ermöglichen würde, zu erkennen, worauf es nach der Strafprozeßordnung in dem speziellen Falle ankommt und welche prozessuale Einrichtungen ihm bei Führung der Verteidigung zustatten kommen. Es fehlt ihm ferner gewöhnlich die geistige Befähigung, von den ihm zur Verfügung stehenden sachlichen und formellen Schutz- und Verteidigungsmitteln zweckmäßig und wirkungsvoll Gebrauch zu machen. Wäre dies auch nicht der Fall, so beraubt ihn oft seine gefährdete Lage der nötigen Klarheit und Ruhe des Geistes. Endlich machen es ihm oft Gefangenschaft und andere Verhältnisse unmöglich, die nötige Nachforschung zu pflegen, sich da, wo es dienlich ist, einzufinden usw. Es muß daher die Möglichkeit richtiger Verteidigung dadurch gewahrt werden, daß eine geeignete Persönlichkeit dieselbe mit und für den Beschuldigten führt. Die Rechtfertigung der Zulassung der förmlichen Verteidigung in unserem heutigen Strafverfahren ergibt sich aber auch schon aus dem Aufbau unseres heutigen Prozesses. Unser moderner Strafprozeß hat zu seiner Grundlage die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens. Er ist ein Anklageprozeß. Vor dem unparteiischen Richter stehen die Parteien und tragen ihre Sache vor, stellen ihre Anträge und suchen das Urteil des Richters, das sich nur nach dem Gesetz zu richten hat, mit den Mitteln des Gesetzes zu beeinflussen. Eine von diesen Parteien, die anklagende, der Staatsanwalt, ist rechtskundig und besitzt Erfahrung; er kann daher seine anklagende Tätigkeit sachgemäß führen, während ihm eine unbeholfene Partei, der Angeklagte, gegenüberstehen würde. Dieser ist fast nie rechtskundig, hat in gerichtlichen Dingen vielfach keine Erfahrung und ist wegen Aufregung oft unfähig, einen klaren Gedanken zu fassen. Der Angeklagte hätte zwar nach der Strafprozeßordnung eine Reihe von Rechten zu seiner Verteidigung, so vor allem das Recht auf Gehör im Prozeß und auf Teilnahme am Verfahren, aber diese nützen ihm oft nicht viel, weil er meistens rechtsunkundig ist und deshalb prozessual nicht reden und am Verfahren in Wirklichkeit keinen aktiven Anteil nehmen kann. Der Unterschied zwischen der Stellung des Angeklagten und der des Staatsanwalts wäre deshalb ein ganz gewaltiger zuungunsten des ersteren. Es ist daher durchaus gerechtfertigt, wenn in den Prozeß zugunsten des Angeklagten noch ein weiteres Organ, der Verteidiger, eingeführt wird, der infolge seiner Rechtskenntnis und seiner Erfahrung imstande ist, dem Staatsanwalt die Wage zu halten und durch dessen Beistand der Beschuldigte

erst voll befähigt wird, Prozeßpartei in unserem heutigen Akkussationsprozeß zu sein. Aufgabe des Verteidigers ist es, im mündlichen Prozeß dem Beschuldigten das zu ersetzen, was ihm an Rechtskenntnis und Erfahrung fehlt, was aber die andere Prozeßpartei, der Staatsanwalt, besitzt.

Das Ideal wäre nun, daß in jedem Strafverfahren ein Verteidiger mitwirken würde, daß also die Verteidigung in jedem Falle eine notwendige wäre und demnach das Amt des Verteidigers genau so wie das Amt des Anklägers ein Staatsamt wäre. Doch ist dies bei uns nicht angeordnet, im Gegensatz zu Frankreich, wo ein Gesetz vom 8. Dezember 1897 bestimmt, daß jeder Beschuldigte beim ersten Verhör, falls in diesem die Beschuldigung aufrecht erhalten bleibt, durch den Richter zu belehren ist, daß er einen Rechtsfreund aus dem Kreis der Advokaten wählen oder verlangen kann, daß ihm ein solcher durch den Präsidenten der Advokatenkammer oder durch den Gerichtspräsidenten bestellt werde. Unser Gesetz begnügt sich vielmehr damit, deß es dem Beschuldigten die Befugnis gewährt, sich in jeder Lage des Verfahrens der Hilfe eines oder mehrerer Verteidiger zu bedienen und daß dem Beschuldigten in gewissen, besonders gearteten Fällen, wenn er noch keinen Verteidiger gewählt hat, ein solcher von Amtswegen gestellt wird. (Fälle der notwendigen Verteidigung.) Unser Gesetz hat also nur in einem Teile der Straffälle, in denen der notwendigen Verteidigung, die Mitwirkung eines Verteidigers für unbedingt erforderlich erklärt. Der Grund, warum dies geschehen ist, ist in sozialen und rechtspolitischen Momenten zu suchen.

Erstens soll der arme und mittellose Beschuldigte gegenüber dem reichen und wohlhabenden nicht dadurch im Nachteile sein, daß er sich wegen seiner Mittellosigkeit keinen Verteidiger wählen kann. Der Unterschied, der lediglich durch die Vermögensverhältnisse bedingt ist, soll durch die Vorschriften über die notwendige Verteidigung und über die Bestellungspflicht des Gerichts wenigstens für die schwersten Fälle ausgeglichen werden. Dieser Gedanke liegt auch den modernen Forderungen gewisser politischer Richtungen zugrunde, die neben der Freiheit der ärztlichen Behandlung und der freien Aerztewahl auch für jedermann ohne Rücksicht auf Vermögen und gesellschaftliche Stellung freie Rechtsberatung und Rechtshilfe in allen Angelegenheiten fordern. Als zweites Moment, das der notwendigen Verteidigung zugrunde liegt, kommt ein rechtspolitischer Gedanke in Betracht; nämlich: Das öffentliche Interesse verlangt in einer Reihe von regelmäßig schweren Fällen die Mitwirkung eines Verteidigers, um damit eine weitere Garantie für ein gerechtes Urteil zu schaffen. Es sind dies Fälle, bei denen ein den Angeklagten verurteilendes Fehlurteil dem Ansehen der Rechtspflege und der Staatsautorität weit mehr schaden würde, als ein freisprechendes Fehlurteil. Die Allgemeinheit ist zwar

geneigt, zunächst gegen den präsumtiven Verbrecher energisch Stellung zu nehmen, stellt sich aber hinterher heraus, daß einem Unschuldigen durch die Rechtspflege ein schweres Unrecht zugefügt worden ist, so ist die Aufregung in der Oeffentlichkeit gegen das Fehlurteil meist recht bedeutend und das Publikum meist geneigt, der Rechtspflege jedes Vertrauen zu entziehen. Ich erinnere nur an manche Vorkommnisse der jüngsten Vergangenheit. Anders liegt die Sache bei kleineren Fällen, die nur mit einer geringen Strafe bedroht sind. Hier ist das Interesse an der Beurteilung des Falles meist nur ein sehr beschränktes; die Oeffentlichkeit nimmt an ihr meist keine Notiz. Betroffen wird davon nur der Einzelne, nicht die Gesellschaft. Deshalb kann sich der Staat die Mitwirkung eines Verteidigers in diesen Sachen aus der obengenannten rechtspolitischen Erwägung heraus ersparen.

Anders liegt die Sache wieder bei Gebrechlichen, die mehr oder weniger hilflos einem Strafverfahren gegenüberstehen. Wenn diesen ein Unrecht, sei es auch nur ein kleineres, durch die Rechtspflege geschieht, so nimmt hier die Oeffentlichkeit ein größeres Interesse daran, als beim Durchschnittsmenschen, der sich selbst helfen kann. Deshalb muß bei den Beschuldigten, die wegen Gebrechlichkeit hilflos sind, die notwendige Verteidigung eine weitergehende sein, als beim normalen Menschen.

4. Kapitel.

§ 6. Kurzer geschichtlicher Ueberblick über die notwendige Verteidigung.

Im alten Rom[11]) wurden in der alten Zeit, in der Zeit vor den Quaestiones perpetuae die Angeklagten von ihren Angehörigen vor Gericht begleitet, welche dort für sie Fürsprache einlegten. Einen Fürsprecher hatten die Angeklagten besonders in ihrem Patron,[12]) zu dessen Hauptpflichten die Vertretung und Verbeistandung seiner Klienten vor Gericht gehörte. Später als sich das Patronatsverhältnis allmählich lockerte, wurde die Vertretung und Verbeistandung vor Gericht freiwillig von den Vornehmen übernommen, die dadurch Einfluß gewinnen und ihre Geschicklichkeit in Rechtsgeschäften und ihre Beredsamkeit üben wollten. Verteidigung vor Gericht wurde damals als ein Mittel angesehen, um Karriere machen zu können. Die Armen ließen sich diese Vertretung gerne gefallen, weil sie meist mit dem Recht und dem Verfahren unbekannt waren. Der Name Patronus wurde von diesen Verteidigern übernommen. Daneben hießen die Verteidiger auch Oratores, Defensores, später auch

[11]) Vergl. bes. Vargha S. 33.
[12]) Mommsen: Römisches Strafrecht S. 376.

Advocati. Hatte der Angeklagte einmal keinen Verteidiger, so bestand seit den ältesten Zeiten der durch die Sitte eingeführte und später durch das prätorische Edikt [13]) anerkannte Gebrauch, daß der vorsitzende Richter ihm, wenn er eines Rechtsbeistandes bedürftig erschien, aus eigener Initiative oder auf sein Verlangen einen Anwalt bestellte.

Notwendig im eigentlichen Sinne, d. h. daß das Verfahren nicht ohne Mitwirkung eines Verteidigers vonstattengehen durfte, war jedoch die Verteidigung nie, auch nicht im späteren römischen Prozeß der Kaiserzeit.[14]) Doch war die formelle Verteidigung immer sehr begünstigt. Die Parteien ließen sich auch in der Kaiserzeit, in der Zeit nach den Quaestiones perpetuae meist durch Redner (nicht mehr Patroni, sondern Advocati,[15]) seltener Defensores) vertreten. Aber, es galt später in der Kaiserzeit nicht mehr wie ehedem als hohe bürgerliche Ehre als Verteidiger aufzutreten. Bis in die Mitte der Kaiserzeit hatte noch jeder Bürger das Recht, die Verteidigung eines Angeklagten zu führen. In der zweiten Hälfte derselben kam man aber von diesem Grundsatze ab. Von da ab werden bei jedem Gericht eine bestimmte Anzahl rechtsgelehrter Advocaten angestellt, die in Zivil- und Kriminalsachen ausschließlich als Rechtsbeistand und Verteidiger auftreten durften. Von dieser Zeit an bildeten die Advocaten einen eigenen Stand und gelangten wieder zu hohem Ansehen; in dieser Zeit genossen sie eine Menge Privilegien. Ihre größten Vertreter haben sich bei der Ausbildung des römischen Weltrechts einen unsterblichen Namen erworben.

II. Im italienisch-römisch-kanonischen Prozeß [16]) war die formelle Verteidigung in Theorie und Praxis sehr begünstigt. Der Regel nach wurde dem Inquisiten im italienischen Inquisitionsprozeß nicht nur in allen Stadien des Verfahrens für seine Rechtsausführungen ein Verteidiger gestattet, sondern ein solcher galt für schwerere Fälle sogar als notwendig.

III. Das altgermanische und mittelalterlich deutsche Strafverfahren: [17]) Hauptaufgabe desselben war nicht Feststellung der materiellen Wahrheit, sondern Erbringung des formellen Beweises. Das Verfahren war streng formell und an bestimmte Wortformeln gebunden. Versprach sich die Partei bei Aussprechen solcher notwendiger Prozeßformeln, so lag darin für sie ein unwiederbringlicher Nachteil, sie konnte den Fehler nicht wieder gut machen. Wenn jedoch ein Anderer vor Gericht die

[13]) Paulus in l. J. 4. Dig. de post (III. 1): „Ait praetor: Si non habebunt advocatum, ego dabo. Nec solum his personis hunc humanitatem solet exhibere, verum et si quis alius sit, qui certis ex causis vel ambititione adversarii vel metu patronum non invenit."

[14]) Vargha S. 48.

[15]) Mommsen: Römisches Strafrecht S. 378.

[16]) Vargha S. 68 ff.

[17]) Vargha S. 143; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 349. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 1907 S. 787 791.

Wortformeln vorsprach, sei es auch im Namen der Partei, dann brauchte die Partei dies nicht notwendig für sich gelten zu lassen, sondern konnte etwaige Fehler verbessern. Aus diesem Grunde bediente man sich im mittelalterlich deutschen Prozeß allgemein des Vorsprechers, der für einen die Wortformeln vorsprach. Diese Vorsprecher oder Fürsprecher pflegten in allen gerichtlichen Angelegenheiten und vor allen Gerichten den Parteien zur Seite zu stehen. Die Zuziehung von Fürsprechern war den Parteien in einigen Lokalrechten sogar vom Gesetz vorgeschrieben, so in vielen Stadtrechten.[18]) Meist stand es aber im Belieben der Parteien ob sie sich eines Fürsprechers bedienen wollten oder nicht. Doch gab es auch Ausnahmen, wo ein Fürsprecher nicht beigezogen werden durfte; so konnte mancherorts bei schweren Verbrechensfällen, wie bei Majestäts- und Sittlichkeitsverbrechen, ferner im Verfahren nach Ergreifung auf handhafter Tat der Fürsprecher versagt werden.

Fürsprecher konnte jeder vollwertige Volksgenosse sein, also derjenige, der auch Urteiler und Zeuge sein konnte. Wer zum Fürsprecheramt fähig war, war auch verpflichtet, dies Amt, falls er von der Partei darum angegangen wurde, zu übernehmen. Doch war diese Verpflichtung keine allzu drückende, da der Fürsprecher Befreiung von seinem Amte verlangen konnte, wenn er die Sache, die er verteidigen sollte, für eine ungerechte hielt. Der Fürsprecher selbst wurde dem Angeklagten auf dessen Antrag vom Richter bestellt und zwar beim Beginne des Prozesses. Hatte die Partei den Prozeß ohne Fürsprecher begonnen, so durfte hinterher nur mehr mit Zustimmung des Gegners ein Fürsprecher in den Prozeß eintreten.[19])

Das mittelalterlich-deutsche Strafverfahren nahm in den einzelnen Teilen Deutschlands eine ganz verschiedenartige und mannigfache Entwicklung, bis es im 16. Jahrhundert endgültig durch den Inquisitionsprozeß abgelöst wurde.

IV. Der Strafprozeß zur Zeit der Carolina: [20]) Durch die Gesetzgebung Karls V. wurde in Deutschland der italienisch-kanonische Inquisationsprozeß eingeführt, mit dem schriftlichen und geheimen Verfahren, das nur mehr eine Unter-

---

[18]) Vargha S. 149 Anm. 2.

[19]) Nach dem Recht des Sachsenspiegels mußte der Richter den Parteien auf deren Verlangen einen Fürsprecher an die Seite geben, und zwar denjenigen, den sie haben wollten. Dieser Fürsprecher mußte dann das Amt annehmen, wenn er innerhalb des Gerichtssprengels Wohnsitz und Besitz hatte. Ssp. I, 60. Im Anschluß an diese Bestimmung des Sachsenspiegels setzte der Richtsteig Landrechts des Johann von Buch dieselbe Pflicht des Richters, dem mit der peinlichen Klage belangten Manne auf dessen Bitte einen Fürsprecher zu geben, fest. Richtsteig Landrechts c. 32 § 1.

[20]) Vargha S. 174, 179.

suchung des Richters kannte. Es gab hier keine Rede und Gegenrede der Parteien mehr. Der Beschuldigte war nicht mehr Prozeßsubjekt, sondern Prozeßobjekt. Das Urteil wurde auf Grund der Untersuchungsakten und nicht mehr auf Grund einer mündlichen Verhandlung der Parteien vor dem Richter gefällt. An Stelle von Volksrichtern waren rechtsgelehrte Richter getreten. Daß dieses Verfahren für die Verteidigung naturgemäß wenig Raum übrig ließ, unterliegt keinem Zweifel. Doch hat die Carolina mit der Verteidigung nicht ganz aufgeräumt. Der Beschuldigte hatte das Recht, sich aus seinen Mitbürgern und selbst aus den Schöffen völlig frei einen Verteidiger zu wählen, oder sich einen aus der Zahl der Schöffen vom Richter beiordnen zu lassen. Auch dem verhafteten Angeklagten war ein solcher Rechtsbeistand oder Fürsprecher nicht bloß am Schlusse des Verfahrens vor der Urteilsfällung gestattet. Vergleiche über die Rechte des Verteidigers Art. 14, Art. 73 und Art. 88 bis 90 der PGO. Ob die Peinliche Gerichtsordnung schon Fälle der notwendigen Verteidigung gekannt hat, ist ungewiß und bestritten. Manche [21]) wollen aus Art. 47 PGO. schließen, daß bei gewissen Verbrechen im Falle der Angeklagte leugnete, der Richter verpflichtet gewesen wäre von amtswegen für die Bestellung eines Defensors zu sorgen.

V. Die Entwicklung des Inquisitionsprozesses auf Grund der Carolina: [22]) Der Untersuchungsprozeß kannte, wie oben gesagt, nur mehr eine einseitige untersuchende Tätigkeit des Richters. Jeder Einfluß des Angeklagten war ausgeschlossen. Das Schicksal des Angeklagten war daher dem mehr oder weniger gewissenhaften und fähigen Richter preisgegeben. Einer Verteidigung auf das Verfahren Einfluß zu gewähren, stand in direktem Gegensatz zum Geiste des Inquisitionsprozesses, obwohl gerade in ihm der Angeklagte der Hilfe eines Verteidigers am meisten bedurft hätte. Die Verteidigung mußte schließlich im Inquisitionsprozeß überflüssig, ja schädlich erscheinen. Diese strengen Grundsätze wurden jedoch durch den Gerichtsgebrauch, der von manchen Partikulargesetzgebungen anerkannt wurde, etwas gemildert. Darnach galt als Recht, daß bei Verbrechen, welche mit Lebens- oder schwerer Leibesstrafe bedroht waren, nicht eher auf Folter oder Strafe erkannt werden dürfe, als bis der Beschuldigte, selbst wider seinen Willen, formell verteidigt worden sei, und daß demselben auch gegen alle anderen ihm nachteiligen Prozeßhandlungen des Gerichts eine formelle Verteidigung nicht verweigert werden dürfe. Doch waren die Rechte des Verteidigers sehr unbedeutend. Diese, sowie die

---

[21]) So Tittmann im Handbuch d. Strafrechtswissenschaft III. Bd. S. 433, und Mittermeier in seiner Anleitung zur Verteidigungskunst S. 15.

[22]) Vargha S. 181 ff.

formelle Verteidigung überhaupt, wurden im Laufe des Inquisitionsprozesses in manchen Teilen Deutschlands immer mehr beschränkt, bis sie ganz ausgeschlossen wurden; so war z. B. die Entwicklung in Oesterreich. Dort bestimmten die Prozeß-Gesetze von 1788 und 1803, daß im Verfahren in erster Instanz die Verteidigung ganz ausgeschlossen sein solle.

Einen anderen Weg ging die Entwicklung der formellen Verteidigung im preußischen Strafprozeßrecht; die preußische Kriminalordnung von 1805 gewährte ihr einen ziemlich weiten Spielraum. Sie bestimmte nämlich in Tit. 3 (§ 433—468 über die Verteidigung), daß jeder Beschuldigte vor gefälltem Urteile einen eigenen Verteidiger verlangen könne. Notwendig war die Verteidigung nach ihr in dem Sinne, daß der Beschuldigte auf sie nicht verzichten konnte, in den Fällen, in denen es sich um eine wichtige Strafsache handelte, wenn nämlich auf 10 Jahre Zuchthaus erkannt werden konnte und der Angeklagte nicht durch Geständnis und Beweis überführt war.

Noch weitergehenden Einfluß auf das Strafverfahren gewährte im Bereiche des gemeinen Inquisitionsprozesses die Hannoversche Kriminalinstruktion von 1736. Diese gestattete ausnahmslos bei allen Verbrechen die sog. Schlußverteidigung und sorgte auch für eine angemessene Verpflichtung des Richters, die zugunsten des Beschuldigten sprechenden Umstände gebührend zu erforschen. Diese Kriminalinstruktion erklärte die Verteidigung für unbedingt notwendig in den Fällen, in denen auf Todesstrafe erkannt werden konnte. Dabei hat es auch das spätere Hannoversche Gesetz von 1840 belassen. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 gebot die formelle Verteidigung unbedingt in den Fällen, in denen auf Todes- oder Kettenstrafe erkannt werden konnte. Die Württembergische Strafprozeßordnung von 1843 ordnete die Verteidigung als notwendig an in den Fällen, in denen auf Zuchthaus erkannt werden konnte.

Was die Person des Verteidigers [23]) anlangt, so bildete sich im Laufe des gemeinen Inquisitionsprozesses allmählich die Rechtslage heraus, daß das Laienelement von der Verteidigung völlig ausgeschlossen wurde. Nur rechtsgelehrte Advokaten konnten nach gemeinem Recht zum Verteidiger bestellt werden. Gleichwohl war das gemeine Recht voll von Mißtrauen gegen die Redlichkeit der Verteidiger und Advokaten erfüllt (odium defensorum!). Aus dieser Stimmung heraus gewährte es dem Verteidiger nur wenig Rechte, in der Hauptsache war ihm nur Gelegenheit zur sog. Schlußverteidigung gegeben, die sich meist in der Anfertigung einer Verteidigungsschrift erschöpfte.

VI. Der Accusationsprozeß: Während der Inquisationsprozeß der Verteidigung im allgemeinen feindlich gesinnt war, lag es schon im Wesen des Accusationsprozesses, daß der Be-

[23]) Vargha S. 199.

schuldigte als Prozeßpartei sich der Hilfe eines rechtskundigen Verteidigers bedienen dürfe. Die vielgenannte Waffengleichheit zwischen Ankläger und Angeklagten fordert, daß dem rechtskundigen und geübten Ankläger auf Seiten des nichtrechtskundigen und ungeübten Angeklagten ein rechtskundiger und geübter Verteidiger entgegentritt. Diesen Grundsatz haben unsere reformierten Strafprozeßordnungen nicht vollständig zur Geltung gebracht, auch nicht die Reichsstrafprozeßordnung, denn sonst müßte überall die Verteidigung eine notwendige sein. Die Reichsstrafprozeßordnung hat vielmehr nur in den schwersten Fällen die Verteidigung als notwendig vorgeschrieben, im übrigen hat sie es dem Beschuldigten anheim gegeben, ob er sich der Hilfe eines Verteidigers bedienen will oder nicht. Diese Regelung steht im offenbaren Widerspruch zu den Hauptgrundsätzen des heute geltenden Strafprozesses: Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und Prinzip der materiellen Wahrheit. Die Zivilprozeßordnung schreibt den Anwaltszwang für alle Sachen, die von erheblicher Bedeutung sind und deshalb vor dem Landgericht oder einem höheren Gerichte verhandelt werden, vor, obwohl es sich bei ihr nur um Feststellung der formellen Wahrheit und um Rechte handelt, auf die die Partei wenigstens im Regelfalle verzichten kann. Die Strafprozeßordnung kennt keinen entsprechenden Anwaltszwang, obgleich es sich bei ihr um Erforschung der materiellen Wahrheit und um Rechte handelt, auf die die Partei nicht verzichten kann und obgleich durch sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrecht erhalten werden soll. Insofern hat demnach unser heutiger Anklageprozeß wenigstens hinsichtlich der Verteidigung eigentlich noch Ueberreste aus der alten Zeit des Inquisitionsprozesses an sich.

II. Abschnitt.

Die notwendige Verteidigung nach geltendem Recht.

1. Kapitel.

§ 7. Leitende Gesichtspunkte bei den einzelnen Fällen der notwendigen Verteidigung.

Leitende Gesichtspunkte, die den einzelnen Fällen der notwendigen Verteidigung zugrunde liegen, sind, wie bereits oben in § 5 ausgeführt wurde, zu suchen.

1. in der Schwere der Tat und der deshalb zu erwartenden schweren Strafe.

Dies trifft zu bei Sachen, die vor dem RG., dem OLG. oder Schw.G. verhandelt werden.

2. In der Schwierigkeit der Sache. Diese Schwierigkeit kann bestehen in tatsächlicher, materiellrechtlicher oder prozessualer Beziehung. Ob die Verteidigung aus diesem Grunde eine notwendige sein soll, hat der Gesetzgeber dem Befinden des Beschuldigten überlassen, indem er diesem ein Antragsrecht gegeben hat, wodurch dieser das Gericht zur Bestellung eines Verteidigers zwingen kann. Wegen prozessualer Schwierigkeit der Sache hatte das Gesetz früher die Verteidigung für notwendig erklärt vor den alten Schwurgerichten. Heute ist dieser Grund mit dem alten Schwurgerichte weggefallen.

3. In der besonderen Unterstützungsbedürftigkeit des Beschuldigten: Aus diesem Grunde hat unser Gesetz die Verteidigung für notwendig erklärt: bei Tauben, Stummen, Jugendlichen und denjenigen Personen, bei denen Zweifel über ihre geistige Gesundheit bestehen, ferner Personen, die längere Zeit sich in Haft befinden. Der Vorsprung, den geistig und körperlich Gesunde und Leute, die sich in persönlicher Freiheit befinden bei ihrer Selbstverteidigung gegenüber den vorhin genannten Personen haben, soll durch die Mitwirkung eines Verteidigers wettgemacht werden. Doch ist unser Gesetz hierbei ziemlich willkürlich zu Werke gegangen und hat unter den wegen körper-

licher und geistiger Gebrechen Hilflosen nur einen Teil herausgegriffen, während es den übrigen Hilflosen diese Rechtswohltat nicht zustatten kommen läßt.

Wo die Verteidigung für notwendig erklärt ist, ist dies, wie oben dargelegt, regelmäßig ein Anzeichen dafür, daß sie hier nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern auch im öffentlichen Interesse geführt werden muß. Daher ist ein Verzicht des Beschuldigten auf die Verteidigung in der Regel unwirksam.

§ 8. Fälle der notwendigen Verteidigung.

Die Verteidigung ist notwendig in den Sachen, welche vor dem Reichsgericht oder dem Oberlandesgericht in erster Instanz oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind.

In anderen Sachen ist die Verteidigung notwendig, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist.

In den vor dem Amtsrichter oder dem Schöffengerichte zu verhandelnden Sachen ist die Verteidigung notwendig, wenn eine Tat den Gegenstand der Untersuchung bildet, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Verteidigers beantragt. § 140, Abs. 1, 2 und 3 der Strafprozeßordnung.

Unser Gesetz unterscheidet demnach zwischen unbedingt notwendiger Verteidigung und bedingt, nämlich durch einen Antrag bedingt, notwendiger Verteidigung.

I. Unbedingt notwendig ist die Verteidigung:

1. in Sachen, die in erster Instanz vor dem Reichsgericht zu verhandeln sind. Was dies für Sachen sind, ergibt sich aus § 134 des Gerichtsverfassungsgesetzes, wo bestimmt ist, daß das Reichsgericht in erster und letzter Instanz zur Untersuchung und Entscheidung zuständig ist, in den Fällen des Hochverrates, des Landesverrates und des Kriegsverrates gegen das Reich, sowie der Verbrechen gegen die §§ 1, 3 des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914, soweit nicht diese Sachen nach § 134 Abs. 2 und 3 von den Oberlandesgerichten zu verhandeln und entscheiden sind.

2. In den Sachen, die in erster Instanz vor dem Oberlandesgericht zu verhandeln sind. Es sind dies die Sachen, die gemäß § 134, Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom Oberreichsanwalt an die Landesstaatsanwaltschaft abgegeben werden oder in denen das Reichsgericht gemäß § 134 Abs. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes bei Eröffnung des Hauptverfahrens die Verhandlung und Entscheidung dem Oberlandesgericht überwiesen hat.

3. In den Sachen, welche vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind. Vor diesem sind gemäß § 80 des Gerichtsverfassungs-

gesetzes zu verhandeln alle Verbrechen, welche nicht vor das Reichsgericht oder vor das Amtsgericht gehören. Da seit der Novelle von 1924 nach § 24 des Gerichtsverfassungsgesetzes zahlreichere Verbrechen vor das Amtsgericht gehören, so ist die Zuständigkeit der Schwurgerichte gegenüber früher bedeutend verringert, somit auch die Fälle der unbedingt notwendigen Verteidigung ebenfalls verringert.

Die Verteidigung ist in allen Sachen vor den drei genannten Gerichten unbedingt notwendig, daher auch in den Sachen, die an sich nicht zur Zuständigkeit eines dieser Gerichte gehören würden, aber infolge Verbindung nach § 2 ff. der Strafprozeßordnung vor einem dieser Gerichte verhandelt werden. Selbst Uebertretungen machen keine Ausnahme und bedürfen demnach, wenn sie vor einem dieser Gerichte in erster Instanz verhandelt werden, einer unbedingt notwendigen Verteidigung. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 140 Abs. 1 und ist auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung anerkannt.[1])

Maßgebend für die Frage, ob ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, ist die Beurteilung der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat, wie sie sich in der Anklageschrift darstellt; d. h. die Frage, vor welchem Gerichte die Sache zu verhandeln ist, ist in diesem Zeitpunkt nach dem Inhalt der Anklageschrift zu beurteilen. Weicht später der Eröffnungsbeschluß von der Anklageschrift dergestalt ab, daß vor einem anderen Gerichte als dem in der Anklageschrift bezeichneten, vor dem Amtsgericht das Verfahren eröffnet wird, so hört die Verteidigung auf, eine notwendige zu sein. Die Bestellung bleibt jedoch, bis sie zurückgenommen wird.[2]) Umgekehrt kann der Eröffnungsbeschluß die Verhandlung entgegen der Anklageschrift vor ein Gericht mit unbedingt notwendiger Verteidigung verweisen. Dann wird die Verteidigung mit dem Eröffnungsbeschluß eine notwendige.

Die Verteidigung ist ferner unbedingt notwendig

4. in allen anderen Sachen, wenn der Angeschuldigte stumm oder taub ist. Stumm ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Gold. Archiv Bd. 59, S. 337.) derjenige, bei dem das Vermögen, die Sprache zu gebrauchen, vollständig aufgehoben ist. Hierzu gehören auch zeitweilige Störungen solchen Grades. Doch ist dieser Begriff nicht medizinisch zu fassen; stumm ist also auch derjenige, der zwar noch Laute von sich geben kann, die aber nicht mehr einem gewöhnlichen Menschen verständlich sind. Dasselbe gilt für den Begriff der Taubheit. Taub ist demnach derjenige, bei dem das Vermögen das gesprochene Wort durch den Gehörsinn zu vernehmen dauernd

[1]) RG. Rspr. 2, 764. Köhler, Ger.S. 53 S. 177.
[2]) RGSt. 21, 266. Köhler, GerS. 53 S. 186. Löwe S. 373 Anm. 7 zu § 140.

oder vorübergehend vollständig aufgehoben ist. Nicht vorausgesetzt ist auch hier, daß der Taube überhaupt keinen Laut mehr vernehmen kann, sondern, daß sein Gehörfehler dermaßen ist, daß man sich mit ihm, auch mit großer Mühe nicht mehr verständigen kann.

Notwendig ist die Verteidigung bei Stummheit und Taubheit in allen Sachen und vor jedem Gericht. Demnach auch bei den kleinsten Uebertretungen. Gleichgültig ist für die Notwendigkeit der Verteidigung, ob sich das Verfahren in erster Instanz oder in einer Rechtsmittelinstanz befindet, mit Ausnahme jedoch der Revisionsinstanz.

5. Die Verteidigung ist auch dann unbedingt notwendig, wenn das Gericht zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand des Angeschuldigten nach § 81 anordnen will, daß dieser in eine öffentliche Irrenanstalt verbracht werde, um dort beobachtet werden zu können. Ob der Richter auf Antrag des Sachverständigen diese Anordnung treffen will, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab. Trifft er überhaupt eine Entscheidung, dann darf dies erst erfolgen, wenn er einen Verteidiger des Beschuldigten gehört hat. Hat der Beschuldigte noch keinen Verteidiger, so ist ihm ein solcher von amtswegen zu bestellen. § 81 Abs. 2 der Strafprozeßordnung.

Zuständig zur Beschlußfassung und damit zur Verteidigerbestellung ist außerhalb der Hauptverhandlung das beschließende Gericht, nicht der Untersuchungsrichter; in der Hauptverhandlung das erkennende Gericht; im schöffengerichtlichen Strafverfahren entscheidet außerhalb der Hauptverhandlung der Amtsrichter allein. Während des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens ist ein Beschluß nach § 81 Strafprozeßordnung unzulässig, was daraus zu folgern ist, daß § 81 nur vom Angeschuldigten spricht. Der Beschluß kann also nur in dem Stadium zwischen Einreichung der Anklageschrift und dem Schlusse der Hauptverhandlung in erster oder Berufungsinstanz gefaßt werden; und zwar während dieses ganzen Zeitraumes, da „Angeschuldigter" auch den „Angeklagten" mitumfaßt.

6. Ferner gibt es seit der Novelle vom 27. XII. 1926 zur Strafprozeßordnung einen weiteren Fall, der unbedingt notwendigen Verteidigung im sog. Haftprüfungsverfahren. Durch diese Novelle wurde eine periodische Nachprüfung von Haftbefehlen in unser Strafverfahren eingeführt. Das Gericht hat nach § 115 a Strafprozeßordnung, solange sich der Angeschuldigte in Untersuchungshaft befindet, innerhalb bestimmter Fristen von amtswegen zu prüfen ob die Haft aufrecht zu erhalten ist. In diesen Haftprüfungsverfahren ist die Verteidigung notwendig:

a) wenn der Angeschuldigte zur mündlichen Verhandlung nicht vorgeführt wird § 115 d Abs. 2 Strafprozeßordnung, oder

b) wenn die Untersuchungshaft des Angeschuldigten seit der Verhaftung bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung 3 Monate gedauert hat. § 115 d Abs. 3 Strafprozeßordnung.

Der erstere Fall unter a) wird seltener sein, da grundsätzlich der Angeschuldigte selbst zur mündlichen Verhandlung vorgeführt werden muß; nur dann braucht der Angeschuldigte zur mündlichen Verhandlung nicht vorgeführt zu werden, wenn er darauf verzichtet hat, oder wenn der Vorführung weite Entfernung oder Krankheit des Angeschuldigten oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Weit häufiger wird dagegen der zweite Fall vorkommen; besonders bei umfangreicheren Sachen wird die Untersuchungshaft fast immer über 3 Monate dauern. Die Anwesenheit des Verteidigers im Falle a) und b) ist Voraussetzung für die mündliche Verhandlung des Haftprüfungsverfahrens; ohne dieselbe darf die Verhandlung nicht stattfinden.

Das Gesetz spricht nur vom „Angeschuldigten"; es ist dabei ganz folgerichtig, da nach § 112 nur ein Angeschuldigter, also jemand gegen den die öffentliche Klage bereits erhoben ist, in Untersuchungshaft genommen werden darf. Doch finden die Vorschriften der §§ 114—123 gem. § 125 Abs. 1 und Abs. 3 Strafprozeßordnung auch auf einen Verhafteten, gegen den die öffentliche Klage noch nicht erhoben ist Anwendung. Demnach ist also auch für einen „beschuldigten" Inhaftierten unter den gleichen Voraussetzungen die Verteidigung eine notwendige.

In allen Fällen unter 1—6 ist die Verteidigung dergestalt notwendig, daß das Verfahren nicht ohne Mitwirkung eines Verteidigers vor sich gehen darf. Es muß also dem Angeschuldigten von amtswegen ein Verteidiger bestellt werden, falls er oder sein gesetzlicher Vertreter [3]) noch keinen Verteidiger gewählt hat oder dieser Gewählte die Wahl nicht angenommen hat. Auf die Bestellung, zu der das Gericht im Falle Nichtvorhandenseins eines Wahlverteidigers verpflichtet ist, kann weder der Angeschuldigte, noch sein gesetzlicher Vertreter verzichten,[4]) da die Notwendigkeit der Verteidigung hier vorwiegend im öffentlichen Interesse angeordnet ist. Es muß daher selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Angeschuldigten oder seines gesetzlichen Vertreters ein Verteidiger bestellt werden.[5]) Die Bestellung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Angeschuldigte selbst rechtskundig ist,[6]) ja selbst dann, wenn er selbst in allen anderen fremden Sachen unbedingt als Verteidiger gewählt werden könnte, er also Rechtsanwalt oder Rechtslehrer ist. Daß das Gesetz

---

[3]) Letzteres ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber bei sinngemäßer Auslegung, insb. aus § 143 StPO.

[4]) RGSt. 52, 180.

[5]) RGSt. 2, 104.

[6]) Löwe S. 372 Anm. 1a zu § 140.

zwischen Rechtsgelehrten und Nichtrechtsgelehrten hierbei keinen Unterschied macht, hat seinen guten Grund darin, daß ja auch den ersteren in ihren eigenen Sachen die notwendige Unbefangenheit und Ruhe mangelt, und daß das Gesetz dem Verteidiger viele Rechte gibt, die man dem Angeschuldigten, auch einem rechtsgelehrten, nicht geben kann.

Auch durch die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wird die Notwendigkeit der Bestellung eines Verteidigers nicht aufgehoben; selbst dann nicht, wenn der gesetzliche Vertreter rechtskundig ist, es sei denn, daß er gerade Rechtsanwalt oder Hochschullehrer der Rechtswissenschaft ist, denn dann kann ja der gesetzliche Vertreter sich selbst zum Verteidiger wählen. Gehört er aber zu den Personen des § 144 Abs. 2, dann kann er zwar durch seine Mitwirkung die Bestellung eines Verteidigers ausschließen, aber nur dann, wenn das Gericht damit einverstanden ist, da er auch in diesem Falle der Genehmigung des Gerichts nach § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung bedarf.

Eine Notwendigkeit der Verteidigung wegen Konnexität kann in den Fällen unter 4—6 nur bei Tauben und Stummen in Betracht kommen und zwar nur wegen sogen. objektiver Konnexität. Hier ist die Verteidigung Mitangeklagter, nicht notwendig, wenn sie nicht aus einem anderen Grunde z. B. wegen objektiver Konnexität mit RG.-, OLG., SchwG.-Sachen notwendig ist.

II. Die bedingt notwendige Verteidigung.

Die Verteidigung ist nach § 140 Abs. 3 Strafprozeßordnung bedingt notwendig, bei Verbrechen mit Ausnahme der Rückfallsverbrechen, die verhandelt werden:

a) vor dem Amtsrichter allein, oder
b) vor dem Schöffengericht.

Bedingt ist diese Notwendigkeit durch einen Antrag des Angeschuldigten oder dessen gesetzlichen Vertreters.

In der Praxis und Literatur ist Streit darüber entstanden, ob auch bei den vor dem Amtsrichter allein zu verhandelnden Verbrechen die Verteidigung auf Antrag eine notwendige sei. Der Wortlaut des § 140 Abs. 3 der Strafprozeßordnung sagt dies zwar klar, aber es ist bestritten, ob dieser Wortlaut maßgebend ist. Eine Ansicht stellt sich auf den Standpunkt, daß dies nicht der Fall sei, da die Fassung des § 140 Abs. 3 der Strafprozeßordnung durch die VO. vom 4. I. 1924 §§ 27 Abs. 2, 43 nicht gedeckt sei, auch nicht durch § 25 daselbst, der nur das Verfahren vor dem Amtsrichter betreffe. § 27 Abs. 2 VO. ordne nur die notwendige Verteidigung vor dem Schöffengericht an. Maßgebend sei die VO., zu der die Reichsregierung die Ermächtigung vom Reichstag erhalten habe, nicht dagegen die Fassung der Strafprozeßordnung durch den Reichsjustizminister auf Grund des § 43 der VO., denn dieser Paragraph hätte dem Reichs-

justizminister lediglich die Befugnis erteilt, soweit durch die Vorschriften der VO. eine Aenderung der Fassung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung bedingt sei, diese vorzunehmen, sowie die Vorschriften beider Gesetze den bestehenden staatsrechtlichen Verhältnissen anzupassen. Soweit also durch die Neufassung materiellrechtliche Aenderungen vorgenommen seien, seien diese ungültig. Dies sei durch die Bestimmung im § 140 Abs. 3 StPO., daß die Verteidigung auch in dem Verfahren vor dem Amtsrichter allein notwendig sei, der Fall; deshalb sei diese Bestimmung ungültig. So das Kammergericht in einer Entscheidung, abgedruckt, in Gold. Arch. 69, S. 188.

Eine andere Meinung, vertreten vom OLG. Stettin, Preuß. J.Min. Bl. 1925 S. 176, ebenso von Löwe in seinem Kommentar S. 373, geht dagegen dahin, daß der Wortlaut des § 140 Abs. 3 der Strafprozeßordnung durch die VO. vom 4. I. 1924 gedeckt sei und daher maßgebend sei. Nach ihr ergebe sich dies zweifelsfrei aus dem Inhalt der §§ 25, 27 Abs. 2 der VO. in Verbindung mit § 43 daselbst. Unmaßgeblich sei, daß in § 27 Abs. 2 der VO. nur für das Verfahren vor dem Schöffengericht die Verteidigung auf Antrag für notwendig erklärt sei, da nach § 25 der VO. die Vorschriften über das Verfahren vor dem Schöffengericht, also auch die Vorschriften über die Verteidigung vor dem Schöffengericht, auch auf das Verfahren vor dem Amtsrichter Anwendung finden. Bei der Neufassung der Strafprozeßordnung gem. § 43 VO. sei zwar nicht die allgemeine Bestimmung des § 25 VO. in die Strafprozeßordnung aufgenommen worden, aber der Grundsatz dieses § 25 sei bei Fassung der betreffenden Einzelbestimmungen der Strafprozeßordnung berücksichtigt worden, was zu der heutigen Fassung des § 140 Abs. 3 geführt habe. Deshalb sei diese Bestimmung des § 140 Abs. 3 rechtsgültig und daher verbindlich. Eine abweichende Beurteilung hätte nur einzutreten, wenn die Vorschrift des § 27 Abs. 2 der VO. eine sonderrechtliche Ausnahmebestimmung gegenüber dem Grundsatze des § 25 der VO. hätte schaffen wollen. Dazu fehle aber jeder Anhaltspunkt. Weiter führen die Vertreter dieser Ansicht für dieselbe verschiedene Zweckmäßigkeitsgründe an und führen aus, daß sie allein dem Willen des Gesetzgebers entspreche.

Meines Erachtens ist bei dieser Streitfrage folgendes zu beachten: Erstens schreibt § 25 VO. vor, daß auf das Verfahren vor dem Amtsrichter die Vorschriften der Strafprozeßordnung über das Verfahren vor dem Schöffengericht Anwendung finden. Es fragt sich nun, ob die Vorschriften der Strafprozeßordnung in der damaligen Fassung oder in der jeweiligen Fassung gemeint sind. Diese Frage ist wohl dahin zu beantworten, daß die Vorschriften in der jeweiligen Fassung gemeint sind, denn die VO. wollte für das Verfahren vor dem Amtsrichter kein dauerndes Extraverfahren schaffen. Folgerichtig müssen soweit nicht durch die VO. selbst eine Ausnahme bestimmt ist, die Vorschriften

der Strafprozeßordnung über das Verfahren vor den Schöffengerichten, wie diese nach der VO. vom 4. I. 1924 zu gestalten waren, auch für das Verfahren vor dem Amtsrichter Anwendung finden.

Zweitens ist zu prüfen, ob die VO. vom 4. I. 24 selbst nicht etwa von dem allgemeinen Grundsatz des § 25 eine Ausnahme für die notwendige Verteidigung vor dem Schöffengericht gemacht hat. Dies ist zu verneinen. Die VO. hätte es andernfalls ausdrücklich bestimmen müssen, daß die Vorscchrift des § 27 Abs. 2 über die notwendige Verteidigung vor dem Schöffengericht nicht für das Verfahren vor dem Amtsrichter gilt, da dies eine Ausnahme von einer positiv gestzlichen Bestimmung des § 25 wäre. Dem Schweigen der VO. ist jedoch eine solche Bedeutung nicht beizumessen, zumal als die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, für die Notwendigkeit der Verteidigung vor dem Amtsrichter eine Ausnahme zu machen. Demgemäß gilt die Vorschrift des § 27/II VO. auch für das Verfahren vor dem Amtsrichter.

Notwendig ist die Verteidigung bei amtsrichterlichen oder schöffengerichtlichen Sachen, wenn eine Tat den Gegenstand der Untersuchung bildet, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist. Was Verbrechen ist, ist im § 1 des Strafgesetzbuchs gesagt. Verbrechen ist eine Handlung, die mit Todesstrafe, Zuchthaus oder Festungshaft von mehr als 5 Jahren bedroht ist. Stellt jedoch das Gesetz für eine Handlung verschiedene Strafdrohungen derart auf, daß grundsätzlich Gefängnisstrafe nur für den Fall des Vorliegens besonderer erschwerender Umstände Zuchthaus angedroht ist, so ist die Handlung nur in denjenigen Fällen als Verbrechen zu qualifizieren, in denen diese Umstände vorliegen; ohne dieselben ist sie ein Vergehen. Bei gegewissen Vergehen bildet auch der Rückfall einen die Qualität als Verbrechen begründenden Umstand. Doch hat unser Gesetz die Verbrechen, die nur wegen Rückfalls solche sind, von dem Kreise der notwendig zu verteidigenden Sachen ausgenommen. Mit Recht hat dies Köhler (Ger. S. 53 S. 179) beanstandet. „Die Motive für diese Sonderbestimmung sind nicht stichhaltig. Wenn man dies damit rechtfertigen will, daß der Beschuldigte nicht wegen Rückfalls in den Genuß eines rechtlichen Vorteils kommen solle, so müßte man auch in anderen Fällen z. B. § 268 des Strafgesetzbuchs sagen, wegen gewinnsüchtiger Absicht darf die Verteidigung nicht notwendig werden. Bringt man aber vor, der Rückfällige habe mehrmals schon ein Strafverfahren durchgemacht, kenne sich daher aus, so läßt sich dagegen anführen, daß beim Verfahren des ersten Rückfallverbrechens dieses anders ist, als vorher. Ferner müßte man dann diesen Gedanken auf alle anwenden, welche schon zweimal bestraft sind wegen desselben Deliktes."

Umgekehrt verliert eine Tat den Charakter eines Verbrechens, wenn das Gesetz Strafminderungsgründe vorsieht durch die anstatt der ursprünglich angedrohten Zuchthausstrafe Gefängnisstrafe angedroht ist, nur dann, wenn durch diese Strafminderungsgründe ein Delictum sui generis geschaffen wird. Strafmilderungsgründe, die keinen besonderen Tatbestand schaffen, bleiben daher für die Charakterisierung, ob Verbrechen oder Vergehen, außer Betracht. Solche den Verbrechenscharakter ändernde Strafminderungsgründe können liegen

1. in einem tatbestandsmäßigen Merkmal,
2. in einem objektiven, außertatbestandsfähigen Merkmal,
3. in einem Schuldmoment.

Ferner ist zu beachten, daß bei der Bestimmung des Begriffs „Verbrechen" zwischen der vollendeten Tat und dem Versuch, zwischen der Täterschaft und der Teilnahme, kein Unterschied besteht.

Die Tat, die sich als Verbrechen darstellt, muß den Gegenstand der Untersuchung bilden. Gegenstand der Untersuchung bildet aber die Tat, wie sie in der Anklageschrift bezw. später im Eröffnungsbeschluß dargestellt ist. Deshalb ist die Frage, ob die Verteidigung eine notwendige ist oder nicht, zunächst nach der Anklageschrift zu beurteilen [7]), da ja bereits vor Erlassung des Eröffnungsbeschlusses im Regelfall ein Verteidiger bestellt werden muß. Weicht demnächst der Eröffnungsbeschluß von der Anklageschrift ab dahin, daß nicht wegen eines Verbrechens, sondern wegen eines Vergehens eröffnet wird, so entfällt die Notwendigkeit der Verteidigung, eine etwa erfolgte Bestellung kann zurückgenommen werden. Kommt jedoch erst die Tat, wie sie im Eröffnungsbeschluß dargestellt ist als Verbrechen in Frage, oder kommt erst in der Hauptverhandlung die Tat als ein Verbrechen in Frage, so wird nunmehr die Verteidigung eine notwendige.

Weiteres Erfordernis, um die Verteidigung zu einer notwendigen zu machen, ist das Vorliegen eines form- und fristgemäßen Antrags. Der Antrag ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, gerichtet an das Gericht, eine Prozeßhandlung. Berechtigt zur Stellung des Antrags sind der Angeschuldigte, auch der Jugendliche kann einen solchen Antrag stellen; ferner der gesetzliche Vertreter. Wer gesetzlicher Vertreter ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Das Recht des gesetzlichen Vertreters auf Stellung eines Antrags ist ein Ausfluß des Personensorgerechts desselben über seinen Schutzbefohlenen. Es wird daher der gesetzliche Vertreter ein solches Antragsrecht nur dann haben, wenn er das Recht der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten für den

---

[7]) Köhler GerS. 53 S. 186; Löwe S. 373 Anm. 7 zu § 140.

Angeschuldigten hat. Dieses Recht des gesetzlichen Vertreters, auf eine Verteidigerbestellung anzutragen, ist von dem des Angeschuldigten selbst unabhängig und steht Ersterem zur freien Verfügung zu.

Ob ein Antrag auf Verteidigerbestellung gestellt wird, steht im Belieben des Angeschuldigten, auch des jugendlichen Angeschuldigten und gegebenenfalls auch in dem des gesetzlichen Vertreters. Beide, Angeschuldigter und gesetzlicher Vertreter, sind bei der Ausübung ihres Antragsrechts von einander völlig unabhängig.

Eine F o r m ist für den Antrag nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Er kann demnach mündlich zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder schriftlich gestellt werden.

Der Antrag ist an eine F r i s t gebunden, die zugleich für den Angeschuldigten und eventuell für dessen gesetzlichen Vertreter läuft[8]) Er ist binnen einer Frist von 3 Tagen zu stellen, nach dem der Angeschuldigte gem. § 201 der Strafprozeßordnung zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Auf diese Frist finden die Vorschriften des 5. Abschnittes der Strafprozeßordnung über Fristen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Anwendung. § 42 ff. der Strafprozeßordnung. Die Frist beginnt demnach gem. § 42 der Strafprozeßordnung mit dem Tage, der demjenigen folgt, an dem dem Angeschuldigten die Anklageschrift und zugleich die gerichtliche Aufforderung zur Erklärung über dieselbe zugestellt[9]) worden ist. Bei Versäumung der Antragsfrist ist gem. § 44 der Strafprozeßordnung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. Auch der gesetzliche Vertreter kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen; insbesondere kann er dies, wenn er von der Zustellung der Anklageschrift und der Aufforderung zur Erklärung über dieselbe an den Beschuldigten keine Kenntnis gehabt hat. § 44 der Strafprozeßordnung. Der Beginn der Antragsfrist wird zwar zweckmäßigerweise dem gesetzlichen Vertreter vom Gericht mitzuteilen sein, doch hat das RG. einen besonderen Hinweis gegenüber dem gesetzlichen Vertreter auf die Frist und den Beginn derselben nicht für notwendig erklärt. Nicht einmal ein besonderer Hinweis des Angeschuldigten selbst soll nach der Rechtssprechung des RG. erforderlich sein[10]). Auch in dem Falle, wo eine Mitteilung der Anklageschrift und Aufforderung nach § 201 nicht stattfindet, wenn z. B. die Verteidigung erst durch den Eröffnungsbeschluß oder durch Hervortreten von erschwerenden Gesichtspunkten in der Hauptverhandlung zu einer

[8]) RG. in Gold. Arch. 60, 77.

[9]) Die Mitteilung der Anklageschrift hat in Form der Zustellung zu erfolgen, da in der Fristsetzung des § 201 StPO. eine Entscheidung zu erblicken ist. § 35 StPO.

[10]) Gold. Arch. 64 S. 366.

notwendigen wird, läuft die Antragsfrist. Im Falle, daß die Verteidigung erst durch den Eröffnungsbeschluß notwendig wird, beginnt die dreitägige Frist mit der Mitteilung desselben zu laufen. Wenn sie erst in der Hauptverhandlung notwendig wird, dann beginnt die Frist mit der Hauptverhandlung [11]), welche dann auszusetzen sein wird; denn auch in diesem Falle soll dem Angeklagten die gesetzliche Zeit zum Ueberlegen gelassen werden, ob er die Sache, wie sie sich durch die veränderten Umstände darstellt, so schwierig hält, daß er der Hilfe eines Verteidigers zu bedürfen, oder allein auszukommen glaubt.

Der Antrag kann jedoch nicht vor Beginn der 3tägigen Frist in der Weise gestellt werden, daß das Gericht zur Verteidigerbestellung verpflichtet wäre (RG. Urteil vom 11. III. 1924 RGSt. 58. 102.) Ist die Antragsfrist versäumt, so ist auch bei einem später gestellten Antrag das Gericht nicht mehr verpflichtet, jedoch noch befugt zur Verteidigerbestellung nach § 141 Strafprozeßordnung.

Eine Abkürzung der Antragsfrist gegen den Willen des Angeschuldigten ist unter keinen Umständen statthaft.

Die Antragsfrist ist gewahrt, wenn der Antrag innerhalb derselben zu Protokoll des zuständigen Gerichts erklärt wurde oder ein die Erklärung enthaltendes Schriftstück bei diesem Gerichte eingegangen ist. Vergl. RG.St. 31, 4. Die Frist ist dagegen nicht gewahrt, wenn der Antrag bei der Staatsanwaltschaft oder bei der Gefängnisbehörde innerhalb der Frist gestellt wird aber erst nach Ablauf derselben dem Gerichte übergeben wird. RG.Recht 16, Nr. 3303.

Wie oben ausgeführt, steht es im Belieben des Angeschuldigten, ob er von dem Antragsrecht Gebrauch machen will, oder nicht. Er kann deshalb auch auf sein Antragsrecht und somit auf die Bestellung eines Verteidigers verzichten. Der Verzicht muß jedoch ausdrücklich erfolgen,[12]) auch nach Stellung des Antrags kann der Angeschuldigte noch auf die Bestellung eines Verteidigers verzichten; auch dieser Verzicht muß ausdrücklich erklärt sein. Stillschweigender Verzicht ist nur unter besonderen Umständen anzunehmen; nämlich nur dann, wenn das Verhalten des Angeschuldigten unzweideutig seinen Willen erkennen läßt, auf die Bestellung eines Verteidigers zu verzichten.[13]) Aus der Tatsache, daß der Angeschuldigte die Uebergehung seines gem. § 140 Abs. 3 gestellten Antrags nicht gerügt hat, darf nicht gefolgert werden, daß er auf die Bestellung eines Verteidigers Verzicht leistet. Das

[11]) So auch Köhler GS. 53, S. 183. Anderer Ans. Löwe: Kommentar 1929, S. 375, der im letzteren Falle eine dreitägige Antragsfrist nicht annimmt.

[12]) RG. in Gold. Arch. 51, 52.

[13]) RGSt. 42, 95.

gleiche gilt, wenn der Angeschuldigte nach Ablehnung seines Antrags auf Verteidigerbestellung diesen Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt hat.[14]) Dagegen kann ein Verzicht in nachträglicher Wahl eines Verteidigers gesehen werden. Hat der Angeschuldigte rechtzeitig eine Verteidigerbestellung beantragt, später aber einen Verteidiger gewählt, so darf er nachträglich nicht wieder einen Offizialverteidiger verlangen, weil er den Kostenvorschuß für den gewählten nicht bezahlen könne; denn das Recht aus § 140 Abs 3 kann nur einmal ausgeübt werden.[15]) Neben dem Angeschuldigten ist auch der gesetzliche Vertreter desselben, falls ein solcher vorhanden, befugt, auf sein eigenes Antragsrecht zu verzichten.

Eine Notwendigkeit der Verteidigung von Sachen, die mit amtsrichterlichen oder schöffengerichtlichen Verbrechenssachen nach § 2 Strafprozeßordnung ff. verbunden werden, kommt nur bei sog. subjektiver Konnexität in Betracht. Wenn demnach mit notwendig zu verteidigenden Sachen eine andere Sache desselben Angeklagten, die kein Verbrechen darstellt, verbunden wird und in demselben Verfahren zur Aburteilung gelangt, so ist die Verteidigung nach erfolgtem Antrag auch für diese andere Sache notwendig, selbst wenn sie eine Uebertretung sein sollte.[16]) Als Grund für die Richtigkeit dieser Ansicht kann geltend gemacht werden, daß die Verteidigung eines einzelnen von mehreren Straffällen oft untunlich und oft eine zweckmäßige Verteidigung einer Sache ohne gleichzeitige Verteidigung der anderen damit verbundenen Strafsache nicht möglich ist. Es dürfte diese Auslegung auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Nicht notwendig ist dagegen die Verteidigung bei objektiv konnexen Sachen, wenn also mit einer amtsrichterlichen oder schöffengerichtlichen Verbrechenssache eine andere Strafsache eines anderen Angeschuldigten, die kein Verbrechen darstellt, verbunden wird. Grund dafür ist, daß das Gesetz bei Anordnung der Notwendigkeit der Verteidigung im Verfahren vor dem Amtsrichter oder Schöffengericht das Hauptgewicht nicht auf das Gericht, sondern auf den Verbrechenscharakter gelegt hat.

Kommt das Gericht, trotz form- und fristgemäßgestellten Antrags und obwohl kein Wahlverteidiger vorhanden ist, seiner Verpflichtung zur Verteidigerbestellung nicht nach, so begründet dieser Umstand die Möglichkeit der Revision nach § 338 Ziff. 5 Strafprozeßordnung. Wird die Bestellung zuerst durch Beschluß zurückgewiesen, dann aber doch verspätet vorgenommen, so begründet dieser Umstand nicht ohne weiteres die Revision, sondern nur dann, wenn das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung

---

[14]) RGSt. 42, 97. A. M. RG. JW. 54, S. 144.
[15]) Juristische Rundschau 2 Nr. 763.
[16]) Köhler GerS. 53 S. 180.

beruht, also wenn durch die Verspätung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte die Verteidigung beschränkt worden ist. § 338 Ziff. 8 Strafprozeßordnung.

III. Die notwendige Verteidigung Jugendlicher:

Unser Strafprozeß kennt noch einen weiteren Fall der notwendigen Verteidigung, der aber nicht in der Strafprozeßordnung aufgeführt ist, sondern im Jugendgerichtsgesetz. § 29 dieses Gesetzes bestimmt:

„In den vor dem großen Jugendgericht (§ 17 Abs. 1 Satz 3) zu verhandelnden Sachen hat der Jugendrichter dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, einen Verteidiger zu bestellen, sobald die im § 199 Strafprozeßordnung vorgeschriebene Aufforderung stattgefunden hat.

Auch in anderen Fällen soll dem Beschuldigten der keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt werden, wenn dies aus besonderen Gründen, namentlich bei verwickelter Sach- oder Rechtslage angemessen erscheint.

Das Gericht kann dem Beschuldigten in allen anderen Fällen und in jeder Lage des Verfahrens einen Beistand bestellen. Im Falle des Abs. 2 kann an Stelle des Verteidigers ein Beistand bestellt werden. Den Beistand bestellt der Vorsitzende, im vorbereitenden Verfahren der Jugendrichter. Das Jugendamt ist auf sein Verlangen zum Beistand zu bestellen; der gesetzliche Vertreter soll nur ausnahmweise zum Beistand bestellt werden. Der Beistand hat die Rechte eines Verteidigers."

Daneben bestimmt § 18 Abs. 1 JGG., daß für die Sachen, die zur Zuständigkeit der Jugendgerichte gehören, soweit in dem JGG. selbst nicht Abweichendes bestimmt ist, die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung gelten. Es gelten deshalb bezüglich der Verteidigung neben den Vorschriften des JGG. auch noch die Vorschriften der Strafprozeßordnung, soweit diese nicht durch die Vorschriften des JGG. über die Verteidigung ausgeschlossen werden. Demnach kann man im Jugendgerichtsverfahren folgende Fälle der notwendigen Verteidigung unterscheiden.[17])

a) Unbedingt notwendig ist die Verteidigung in den vor dem großen Jugendgericht zu verhandelnden Sachen, § 29 Abs. 1 JGG. Vor das große Jugendgericht gehören die Straftaten von Personen, die z. Zt. der Erhebung der Anklage jugendlich sind, und die nach den allgemeinen Vorschriften zur Zuständigkeit des Reichsgerichts und des Oberlandesgerichts [18]) in erster Instanz oder des Schwurgerichts gehören würden. Vor dem großen Ju-

[17]) Vergl.: Hartung, Recht 1924, Sp. 199.

[18]) Das OLG. wurde im § 17 JGG. nicht berücksichtigt, weil 1923 zur Zeit der Erlassung des JGG. noch keine erstinstanzielle Zuständigkeit des OLG. bestand.

gendgericht können diese genannten Sachen auch dann verhandelt werden, wenn die Person z. Zt. der Tat jugendlich war, z. Zt. der Erhebung der Anklage aber nicht mehr jugendlich, jedoch noch jünger als 21 Jahre ist und die Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit des JG. dadurch begründet, daß sie vor ihm Anklage erhebt. Jugendlicher im Sinne des JGG. ist wer über 14 Jahre, aber noch nicht 18 Jahre alt ist. § 1 JGG.

Bei Sachen, die wegen Zusammenhangs nach 2 ff. Strafprozeßordnung vor dem großen Jugendgericht verhandelt werden, verhält es sich ebenso wie mit Sachen, die aus dem gleichen Grunde vor dem RG., OLG. oder SchwG. verhandelt werden.

Hat in diesen genannten Fällen der Angeschuldigte keinen Verteidiger, so muß ihm durch den Jugendrichter ein solcher bestellt werden.

Die Vorschrift des § 29 Abs. 1 JGG. über die unbedingt notwendige Verteidigung entspricht der des § 140 Abs. 1 Strafprozeßordnung und regelt dieselbe Materie wie diese Bestimmung. Es ist deshalb § 140 Abs. 1 Strafprozeßordnung durch § 29 Abs. 1 JGG. ausgeschlossen.

b) Daneben gelten aber auch im Jugendgerichtsverfahren, im Verfahren vor dem kleinen und erweiterten Jugendgericht (§ 17 JGG.), die übrigen Vorschriften der Strafprozeßordnung über die notwendige Verteidigung, also insbesondere über die notwendige Verteidigung Tauber und Stummer in allen Sachen nach § 140 Abs. 2 Strafprozeßordnung und ferner die Vorschriften über die auf Antrag notwendige Verteidigung, wenn ein Verbrechen, das nicht nur wegen Rückfalls ein solches ist, den Gegenstand der Untersuchung bildet, denn diese Vorschriften der Strafprozeßordnung sind durch keinerlei Vorschriften des JGG. ausgeschlossen. Früher, vor der Novelle vom 4. I. 24 fehlte die notwendige Verteidigung vor dem kleinen und dem erweiterten Jugendgericht, da die Jugendgerichte die Schöffengerichte sind und die Verteidigung vor den Schöffengerichten nirgends notwendig war. Seitdem nun nach der Novelle von 1924 auch bestimmte Sachen vor dem Schöffengericht notwendig verteidigt werden müssen, kommt diese Neuordnung der Strafprozeßordnung durch die Novelle auch den Jugendlichen im Verfahren vor den Jugendgerichten zugute.

Neben diesen Fällen der notwendigen Verteidigung kennt das Jugendgerichtsgesetz auch noch Fälle der sogen. „Sollverteidigung". Nach § 29 Abs. 2 JGG. soll auch in anderen Fällen dem Beschuldigten ein Verteidiger bestellt werden, wenn dies aus besonderen Gründen, namentlich bei verwickelter Sach- oder Rechtslage angemessen erscheint. Diese Bestimmung sorgt also für eine Verteidigung Jugendlicher, vor allem bei Vergehen, Rückfallsverbrechen, ferner anderen Verbrechen, falls die dreitägige Antragsfrist versäumt ist und deshalb die Verteidigung

nicht mehr notwendig ist, ferner bei körperlich und geistig Gebrechlichen, die nicht Taube oder Stumme sind und vor allem auch dann, wenn die Sache wegen verwickelter Sach- oder Rechtslage besonders schwierig ist. Jedoch notwendig ist die Verteidigung in diesen Fällen nicht; es kann bei Unterlassung der Bestellung eines Verteidigers die Revision nicht darauf gestützt werden. Doch hat sich der Richter einer pflichtgemäßen Prüfung der Frage zu unterziehen, ob die Verteidigung nicht angemessen erscheint. Falls er dies findet, ist es seine Pflicht, für das Vorhandensein eines Verteidigers zu sorgen. Diese Sollverteidigung kann das Gericht auch einem „Beistand" übertragen, der nicht die Fähigkeit zum Verteidiger in technischem Sinne der Strafprozeßordnung hat. Dieser Beistand hat aber die gleichen Rechte wie ein Verteidiger.

In anderen Fällen, in denen ein Verteidiger nicht bestellt werden muß, auch kein Anlaß für eine Bestellung nach der Sollvorschrift des § 29 Abs. 2 JGG. gegeben ist, kann das Gericht und zwar in jeder Lage des Verfahrens einen Beistand bestellen. Auch dieser Beistand hat die gleichen Rechte wie ein Verteidiger. Er kann also in demselben Umfange wie dieser die Akten einsehen, mit dem verhafteten Jugendlichen verkehren, bei gerichtlichen Terminen anwesend sein, Fragen an Sachverständige richten usw. Die Rechte, die das Gesetz dagegen nur einem Rechtsanwalt verleiht, wie z. B. Revisionseinlegung durch einen von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schriftsatz, stehen diesem Beistand nicht zu. Auch macht seine Bestellung die Verteidigung nur in den Fällen der Sollverteidigung, nicht dagegen in denen der notwendigen überflüssig. Als solcher Beistand ist auf sein Verlangen das Jugendamt zu bestellen; das soll aber nicht heißen, daß das Jugendamt immer nach seinem Willen zum Beistand bestellt werden muß, sondern nur dann ist es zu bestellen, wenn das Gericht überhaupt die Bestellung eines Beistandes vornehmen will; ob es dies tun will, liegt in seinem Ermessen.

Daneben hat das Jugendgerichtsgesetz auch dem gesetzlichen Vertreter des Jugendlichen gewisse Mitwirkungsrechte im Strafverfahren eingeräumt. Darüber § 30 JGG.

Bezüglich der Verteidigung Jugendlicher im Haftprüfungsverfahren gelten heute die Vorschriften der Strafprozeßordnung auch für Jugendliche. Im Haftprüfungsverfahren ist deshalb für jugendliche Angeschuldigte bezw. Beschuldigte die Verteidigung unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Erwachsenen notwendig (§ 115d Abs. 2 Strafprozeßordnung). § 28 Abs. 4 JGG. ist heute durch den Wegfall der angezogenen Bestimmung des § 126 Strafprozeßordnung gegenstandslos geworden. Irreführend ist daher der Kommentar von Löwe, 18. Aufl., 1929, S. 376,

der die Bestimmung des § 28 Abs. 4 JGG. noch als geltendes Recht darstellt.

Die Vorschrift über die Verteidigung gemäß § 81 Strafprozeßordnung gilt auch für Jugendliche.

§ 9. Beginn und Ende der notwendigen Verteidigung. Dauer der Bestellung.

Wie sich schon aus der Ueberschrift ergibt, ist zwischen der Notwendigkeit der Verteidigung als solcher und der auf Grund derselben erfolgenden Bestellung zu unterscheiden, und demnach zwischen Beginn und Ende der Notwendigkeit der Verteidigung und der Dauer der Bestellung. Beginn der Notwendigkeit der Verteidigung und der Bestellungspflicht fallen immer zusammen. Dagegen kann die Verteidigung aufhören, eine notwendige zu sein, ohne daß die Bestellung aufhört.

I. Beginn und Ende der notwendigen Verteidigung.

1. In den Fällen des § 140 Abs. 1 und Abs. 2, also in Reichsgerichts-, Oberlandesgerichts- und Schwurgerichtssachen, ferner in anderen Sachen, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist, ist die Verteidigung von dem Zeitpunkte ab eine notwendige, wo der Angeschuldigte gem. § 201 Strafprozeßordung zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist, oder wenn eine solche Aufforderung nicht vorgeschrieben ist, sobald dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist. § 140 Abs. 4 Satz 1 StPO. Letzterer Fall, nämlich daß eine solche Aufforderung nicht vorgeschrieben ist, kann nur praktisch werden in Sachen gegen Taube oder Stumme, die einer Uebertretung oder eines Vergehens, bei dem das Ergebnis der Ermittelungen nicht in die Anklageschrift aufgenommen worden ist, angeklagt sind. Dem Gesetzgeber ist dabei hinsichtlich der Bezeichnung eine kleine Ungenauigkeit unterlaufen, da nach § 208 Strafprozeßordnung auch ein Angeklagter zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert werden muß und in diesem Falle der Zeitpunkt des Eintritts der Verteidigung erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens liegt. § 140 Abs. 4 hätte also eigentlich zu lauten: „Dem Angeschuldigten oder Angeklagten ist zu bestellen ....“ (Köhler Ger. S. 53, S. 181.)

Mit diesem Zeitpunkt ist demnach auch für das Gericht die Bestellungspflicht gegeben, diese aber nur dann, wenn der Angeschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter noch keinen Verteidiger gewählt hat, oder dieser Gewählte die Wahl nicht angenommen hat.

Die Bestimmung über den Zeitpunkt ist von dem Gedanken geleitet, daß der Angeschuldigte in den Stand gesetzt werden soll, sich bei den nach § 201 Strafprozeßordnung zulässigen Anträgen und Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens des Beistandes eines Verteidigers zu bedienen. Der Ver-

teidiger ist ihm aus diesem Grunde bei Erlassung der nach § 201 erforderlichen Aufforderung zu benennen. Einer Erkundigung darüber, ob der Angeschuldigte oder evtl. dessen gesetzlicher Vertreter bereits einen Verteidiger gewählt hat, bedarf es nicht.

Im Falle, daß das Hauptverfahren bei Einreichung der Anklageschrift bereits eröffnet ist, ist der Zeitpunkt der beschränkten Eröffnung nach § 208 als maßgebend, an dem ein Verteidiger zu bestellen ist, zu betrachten.

2. Im Falle des § 140 Abs. 3, also bei auf Antrag notwendiger Verteidigung, wird diese unmittelbar nach Stellung des Antrags notwendig. Da der Antrag, wie oben ausgeführt wurde, nur in der dreitägigen Frist nach Aufforderung gem. § 201 Strafprozeßordnung gestellt werden kann, so muß hier der Verteidiger auch unmittelbar nach der Mitteilung der Anklageschrift und der Aufforderung nach § 201 Strafprozeßordnung bestellt werden, also noch vor dem Eröffnungbeschluß. Nur in dem Ausnahmefall des § 208, daß entgegen dem staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Außerverfolgungssetzung das Hauptverfahren eröffnet wird, ist der Verteidiger erst nach dem Eröffnungsbeschluß zu bestellen, da die Aufforderung, nach der er zu bestellen ist, erst nach dem Eröffnungsbeschluß zu erlassen ist.

Im Regelfall ist also nach der gem. § 201 erfolgten Aufforderung der Verteidiger zu bestellen. In einigen Fällen kann jedoch die Verteidigung auch erst später notwendig werden und damit erst später die Bestellungsplicht eintreten: So wenn eine amtsrichterliche oder schöffengerichtliche Sache, welche keiner notwendigen Verteidigung bedarf, mit einer Reichsgerichts-, Oberlandesgerichts- oder Schwurgerichtssache verbunden wird, oder wenn die Sache durch Verweisungsbeschluß vor eines dieser Gerichte kommt, oder wenn der Angeklagte nach der Eröffnung des Hauptverfahrens taub oder stumm wird. In diesen Fällen wird die Verteidigung notwendig im Falle der Verbindung und des Verweisungsbeschlusses, in dem Augenblick, in dem eines der vorhin genannten Gerichte mit der Sache befaßt wird, im Falle des nachträglichen Eintritts der Taubheit und Stummheit mit diesem. Bei der auf Antrag notwendigen Verteidigung kann ebenfalls erst nachträglich die Verteidigung notwendig werden.[19]) Nämlich in folgenden Fällen:

a) ein Delikt, wegen dessen der Eröffnungsbeschluß bereits gefaßt ist, wird infolge subjektiver Konnexität mit einer anderen Sache, bei der die Verteidigung auf Antrag eine notwendige ist, verbunden;

b) die Anklageschrift lautet auf ein Vergehen oder auf Außerverfolgungssetzung; der Eröffnungsbeschluß auf ein Verbrechen;

c) eine Sache, die bisher als Vergehen qualifiziert wurde, erweist sich in der Hauptverhandlung als ein Verbrechen.

[19]) Vergl.: Köhler GerS. 53, S. 183.

Hier wird die Verteidiung ebenfalls erst nachträglich notwendig und demnach ist auch erst nachträglich ein Verteidiger zu bestellen. Auch die dreitägige Antragsfrist beginnt im Regelfalle in entsprechender Anwendung des § 140 Abs. 4 erst nachträglich zu laufen. So beginnt die Antragsfrist im Falle b) mit der Mitteilung des Eröffnungsbeschlusses (siehe oben S. 33). Im Falle c) beginnt die Antragsfrist mit der Hauptverhandlung zu laufen (siehe oben S. 28. Nur im Falle a) dürfte überhaupt keine Antragsfrist laufen, da sich hier die bisherige notwendige Verteidigung auch auf die neue Sache erstreckt.

Wird in diesen Fällen der Antrag nachträglich innerhalb der dreitägigen Frist gestellt, so wird die Verteidigung von diesem Moment an eine notwendige und es hat damit gegebenenfalls die Verteidigerbestellung zu erfolgen. Ist in diesen Fällen der nachträglichen Notwendigkeit der Verteidigung der Antrag bereits früher gestellt, aber abgelehnt worden, weil kein Fall der notwendigen Verteidigung vorgelegen habe, so wird auch jetzt die Verteidigung auf Grund dieses früher gestellten Antrags eine notwendige, ohne daß es eines erneuten Antrags bedarf. (RG. Gold. Arch. 52, S. 382.)

Im Falle des § 81 bei Unterbringung des Angeschuldigten in eine öffentliche Irrenanstalt zum Zwecke der Untersuchung seines Geisteszustandes wird die Verteidigung notwendig, wenn der Sachverständige den entsprechenden Antrag gestellt hat.

Im Falle des § 115 d im sog. Haftprüfungsverfahren beginnt die Notwendigkeit mit der mündlichen Verhandlung, bei der ein Verteidiger zugezogen werden muß.

Bezüglich des Beginnes der Notwendigkeit der Verteidigung Jugendlicher im Jugendgerichtsverfahren gilt vor dem großen Jugendgericht das gleiche wie bei Reichsgerichts-, Oberlandesgerichts- und Schwurgerichtssachen. Sie tritt also ein nach erfolgter Aufforderung gem. § 201 Strafprozeßordnung. § 29 Abs. 1 JGG. erwähnt zwar noch den § 199 Strafprozeßordnung; an dessen Stelle ist aber nach der neuen Fassung der Strafprozeßordnung § 201 getreten. Bezüglich der übrigen Fälle der notwendigen Verteidigung vor dem kleinen und erweiterten Jugendgericht finden auch hinsichtlich des Beginnes derselben die Vorschriften der Strafprozeßordnung, § 140 Abs. 4 Satz 2, direkt Anwendung; diese unterscheiden sich also hierin in keiner Weise von den amtsrichterlichen und schöffengerichtlichen Sachen.

Hinsichtlich der D a u e r der notwendigen Verteidigung kann man unterscheiden zwischen vorzeitigem Aufhören der Notwendigkeit und gewöhnlicher Dauer. Vorzeitig hört z. B. die Verteidigung auf, eine notwendige zu sein, wenn der Eröffnungsbeschluß von der Anklageschrift dahin abweicht, daß er entgegen derselben die Tat als ein Vergehen qualifiziert und nicht als Verbrechen, ferner dahin, daß er die Sache nicht vor das Reichs-

gericht oder Oberlandesgericht oder Schwurgericht, wie die Anklageschrift dies vorsieht, sondern vor das Amtsgericht verweist; ferner in dem Fall, daß die Verbindung einer Sache mit einer anderen Sache, wenn lediglich dieser Verbindung wegen die Verteidigung notwendig geworden war, nachträglich wieder aufgelöst wird. In diesen Fällen bleibt zwar die etwa erfolgte Bestellung bestehen, aber die Verteidigung ist nicht mehr notwendig, d. h. das Verfahren kann in Zukunft auch ohne Mitwirkung eines Verteidigers vonstatten gehen.

Aehnlich hört ferner die Verteidigung vorzeitig auf, eine notwendige zu sein, wenn während des Verfahrens die sie begründende Taubheit oder Stummheit wegfällt. Anders ist es bei der notwendigen Verteidigung Jugendlicher.[20]) Hier hört die Verteidigung nicht mit Vollendung des 18. Lebensjahres auf. Das Gesetz stellt bei Begründung der Notwendigkeit der Verteidigung Jugendlicher, wenigstens vor dem großen Jugendgericht nicht auf das Alter, die Jugendlichkeit ab, sondern auf das Gericht. Wenn und solange vor dem großen Jugendgericht eine Sache verhandelt wird, ist und bleibt die Verteidigung immer eine notwendige, auch wenn der Angeschuldigte nicht mehr jugendlich ist oder im Laufe des Verfahrens das 18. Lebensjahr vollendet. Das Gesetz hat durch diese Regelung eine alte Streitfrage entschieden, ob nämlich durch Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 140 alte Fassung der Strafprozeßordnung hatte die Verteidigung Jugendlicher, das waren Personen bis zum vollendeten 16. Iebensjahre, für notwendig erklärt) die Verteidigung Jugendlicher aufhören sollte, notwendig zu sein und sich dabei auf den ganz richtigen Standpunkt gestellt, daß man einem bisher Jugendlichen nicht mit dem Eintritt einer bestimmten Altersstufe ohne weiteres sich selbst überlassen dürfe. Aus diesem Gedanken heraus ist auch für die Fälle der auf Antrag notwendigen Verteidigung Jugendlicher vor dem kleinen und erweiterten Jugendgericht, die sich ausschließlich nach der Strafprozeßordnung richten, anzunehmen, daß mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Verteidigung nicht aufhört, notwendig zu sein, sondern daß dieselbe solange notwendig ist, als die Sache vor diesen Gerichten verhandelt wird.

Die frühere Streitfrage hat auch schon deshalb wesentlich an Bedeutung verloren, weil heute genau dieselben Sachen, die vor dem Jugendgericht einer notwendigen Verteidigung bedürfen, auch vor den ordentlichen Gerichten einer solchen bedürfen.

Für gewöhnlich dauert dagegen die Notwendigkeit der Verteidigung, abgesehen von der Revisionsinstanz, während des ganzen Strafverfahrens bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung. Ueber die notwendige Verteidigung in der Revisionsinstanz siehe unten. Die Notwendigkeit der Verteidigung ist demnach nicht nur

[20]) Vergl.: Köhler GerS. 53, S. 187.

auf einen Abschnitt des Verfahrens beschränkt, etwa auf die Hauptverhandlung, sondern sie soll dem Angeschuldigten eine umfassende Hilfe in dem ganzen Verfahren sichern.

Eine Ausnahme macht nur die notwendige Verteidigung im Haftprüfungsverfahren.[21]) Nach § 115 d Abs. 4 StPO. ist nämlich dem Angeschuldigten nur für die Verhandlung über die Fortdauer der Haft ein Verteidiger zu bestellen. Eine Bestellung darüber hinaus ist auf Grund des § 115 d StPO. unzulässig. Deshalb erlischt die Notwendigkeit der Verteidigung mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, für die die Bestellung erfolgt ist. Daneben erlischt hier auch die Bestellung selbst.

Bei der Notwendigkeit nach § 81, bei Unterbringung des Angeschuldigten in eine öffentliche Irrenanstalt, herrscht Streit über das Aufhören der Notwendigkeit. Eine Ansicht, so Glaser II, 229, Köhler Ger.S. 53, 193 lassen die Notwendigkeit nur für das Verfahren über die Unterbringung in eine Irrensansalt bestehen, dann wieder wegfallen; Köhler läßt die Notwendigkeit wieder aufhören mit dem Ablauf der Beschwerdefrist über den Beschluß des Gerichts nach § 81 Strafprozeßordnung, läßt jedoch die Bestellung fortdauern. Eine andere Ansicht hält daran fest, daß die Notwendigkeit auch für das ganze darauffolgende Strafverfahren bestehen bleibt. So besonders Löwe, Kommentar 1929, Anm. 5 zu § 81 und RGSt. 37, 21. Letzterer Ansicht, daß die nach § 81 angeordnete Verteidigung für das ganze Verfahren notwendig bleibt, dürfte wohl zutreffen. § 81 Strafprozeßordnung sagt nämlich nicht, daß nur für das Verfahren über die Unterbringung in die Irrenanstalt ein Verteidiger zu bestellen ist, sondern das Verfahren über die Unterbringung bildet nur den Anlaß zur Anordnung einer notwendigen Verteidigung; eine einmal angeordnete notwendige Verteidigung bleibt aber nach dem Grundsatz unserer Strafprozeßordnung, falls keine besonderen Gründe das Gegenteil rechtfertigen, für das ganze Verfahren eine notwendige. Ferner ist mit Löwe und dem Reichsgericht dafür zu halten, daß der Zweck entscheidend ist, den man durch die Anordnung der notwendigen Verteidigung nach § 81 StPO. erreichen will. Dieser Zweck ist nämlich hier darin zu suchen, daß man es mit einem nicht zweifellos Zurechnungsfähigen zu tun hat, dem ein Rechtsbeistand gewährt werden soll, solange die Frage der Zurechnungsfähigkeit offen bleibt, was bis zum rechtskräftigen Urteil der Fall ist. Auch dürfte für letztere Auffassung die Entstehungsgeschichte des § 81 maßgebend sein. Der Abgeordnete Dr. Zinn, auf dessen Anregung die Bestimmung des § 81 in die Strafprozeßordung aufgenommen wurde, wollte damit neben den Fällen des § 140 einen weiteren Fall der notwendigen Verteidigung schaffen. Vgl. Protokolle zur Strafprozeßordnung S. 829.

---

[21]) Löwe S 323 Anm. 5 zu § 115 d.

Soweit also das Gesetz die Verteidigung nicht ausdrücklich, wie in § 115 d Strafprozeßordnung geschehen ist, auf einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens beschränkt, oder soweit nicht aus besonderen Gründen die Notwendigkeit der Verteidigung ein vorzeitiges Ende nimmt, ist sie für die ganze Dauer des Verfahrens, von der Revisionsinstanz abgesehen, notwendig. Sie erstreckt sich daher auch auf die Berufungsinstanz [22]) bei allen Sachen, bei denen Berufung überhaupt möglich ist. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Sinn des Gesetzes bei einiger Ueberlegung von selbst. Durch die Verteidigung soll dem Angeschuldigten oder Angeklagten geholfen werden, insbesondere bei der tatsächlichen Feststellung des Sachverhaltes und bei der Herbeischaffung aller rechtserheblicher, zu seinen Gunsten sprechender tatsächlicher Momente. Dem Angeklagten wäre schlecht gedient, wenn zwar in der ersten Instanz, deren Urteil nicht maßgebend ist, er der Hilfe eines Verteidigers teilhaftig würde, aber in der Berufungsinstanz, deren Urteil wenigstens in tatsächlicher Feststellung maßgebend ist und in der nochmals der ganze Sachverhalt aufgerollt wird, ohne Verteidiger wäre. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzes sein. Daß das Gesetz darüber schweigt, kann nicht zum Beweise dafür angeführt werden. Es ist deshalb für das geltende Recht an dem Grundsatz der Strafprozeßordnung festzuhalten, daß die Verteidigung in den Fällen, in denen sie für notwendig erklärt ist, für die ganze Dauer des Verfahrens, also auch für die Berufungsinstanz notwendig ist. Nach Löwe ist mit dem Ausdruck „vor dem Amtsrichter oder vor dem Schöffengericht zu verhandelnden Sachen" nur die Art der Sache gemeint.

Bezüglich der Frage, ob bei auf Antrag notwendiger Verteidigung dieser Antrag mit für das Gericht verpflichtender Wirkung noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden kann, gehen die Meinungen auseinander. Löwe führt in seinem Kommentar [23]) aus, daß bei einer Sache, bei der die Verteidigung nur auf Antrag notwendig sei, dieser Antrag innerhalb der vorgeschriebenen dreitägigen Frist in der ersten Instanz gestellt werden müsse; sei dagegen die dreitätige Antragsfrist in der ersten Instanz versäumt, so sei die Verteidigung weder in erster, noch in zweiter Instanz notwendig. Ich halte diese Auffassung nicht für richtig, sondern schließe mich der Ansicht an, die Dr. Jonas in der JW. 54 I S. 927 vertreten hat. Dieser läßt die Nachholung des Antrages in der Berufungsinstanz mit verbindlicher Kraft für den Richter zu. Jonas begründet diese Ansicht wie folgt: „Die zweite Instanz gewährt dem Angeklagten das ius novorum in vollem Umfange; er hat das Recht auf nochmalige, wenn nötig er-

[22]) Löwe S. 375 Anm. 12a zu § 140; vergl. auch J.W. 54, 927; 54, 1544. J.W. 55, 1248.
[23]) Löwe S. 375 Anm. 12a zu § 140.

weiterte Verhandlung seines Falles, Prozeßhandlungen, die er versäumt hat, wie Anträge zu stellen, Zeugen und Sachverständige zu laden, Zeugen die nicht beeidigt sind, zu beeidigen, die beeidigt sind, nicht zu beeidigen, können uneingeschränkt nachgeholt werden. Deshalb kann das dem Angeklagten in § 140 Abs. 3 Strafprozeßordnung eingeräumte Recht auf Bestellung eines Verteidigers nicht nur für die erste Instanz, muß vielmehr auch für die zweite Instanz bestehen."

Bezüglich der Frage, wann der Antrag in der Berufungsinstanz zu stellen ist, ist meines Erachtens auseinander zu halten, ob der Angeklagte oder der Staatsanwalt Berufung eingelegt hat. Hat der Angeklagte Berufung eingelegt, so beginnt nach Analogie des § 140 Abs. 4 die Antragsfrist dann zu laufen, wenn er sein volles ius novorum geltend machen kann. Dies ist der Fall, wenn ihm das Urteil mit den Gründen nach § 316 Abs. 2 Strafprozeßordnung zugestellt worden ist. Ist das Urteil schon vor Einlegung der Berufung zugestellt, so beginnt die Antragsfrist aus dem oben angeführten Grundsatz mit der Einlegung der Berufung selbst. Hat der Staatsanwalt die Berufung eingelegt, so beginnt die Frist ebenfalls dann zu laufen, wenn der Angeklagte in die Lage versetzt ist, sein volles ius novorum geltend zu machen; dies ist der Fall, wenn ihm nach § 320 Strafprozeßordnung die Schriftstücke über Einlegung und Rechtfertigung der Berufung zugestellt sind. Der Antrag ist im ersten Falle einzureichen beim Gerichte erster Instanz; dies ergibt sich aus analoger Anwendung des § 317 Strafprozeßordnung; im zweiten Falle, wenn die Berufung von der Staatsanwaltschaft eingelegt wird, ist er beim Berufungsgericht zu stellen, da dieses in diesem Zeitpunkte bereits mit der Sache befaßt ist. Doch dürfte es auf alle Fälle unschädlich sein, wenn auch im ersteren Falle der Antrag beim Berufungsgericht gestellt wird. Ueber die Bestellung selbst entscheidet immer das Berufungsgericht.

Nicht notwendig ist dagegen die Verteidigung in der Revisionsinstanz.[24]) Im allgemeinen gelten zwar die Bestimmungen des ersten Buches der Strafprozeßordnung auch für das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen, falls nicht für diese die Geltung derselben eingeschränkt wird. Nun bestimmt aber § 140 Abs. 1, daß die Verteidigung in den Sachen, welche vor dem Reichsgericht oder Oberlandesgericht in erster Instanz zu verhandeln sind, notwendig ist. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Verteidigung in der Revisionsinstanz vor diesen Gerichten niemals notwendig ist. Die Hervorhebung der ersten Instanz in § 140 Abs. 1 Strafprozeßordnung ist also als eine einschränkende Bestimmung aufzufassen.

Als maßgebender Gesichtspunkt kann zur Begründung dieser Ansicht, daß die Verteidigung in der Revisionsinstanz keine not-

[24]) Anderer Ansicht: Gerland S. 143, und von Kries S. 236.

wendige ist, auch die Bestimmung des § 350 Strafprozeßordnung angeführt werden. Nach § 350 ist der Angeklagte oder auf dessen Verlangen der Verteidiger von dem Tage der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz zu benachrichtigen. Der Angeklagte kann in dieser erscheinen oder sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen. Danach wird also der Verteidiger von der Hauptverhandlung ohne ausdrückliches Verlangen des Angeklagten gar nicht benachrichtigt. § 218 Strafprozeßordnung findet nicht Anwendung. Ferner muß der Verteidiger, wenn er für den Angeklagten in der Revisionshauptverhandlung auftreten will, eine schriftliche Vollmacht haben, sonst wird er für diesen gar nicht zugelassen. Es hängt also lediglich von dem Angeklagten ab, ob für ihn ein Verteidiger in der Hauptverhandlung tätig wird. Nun haben wir aber bei der Begriffsbestimmung der notwendigen Verteidigung als wesentliches Merkmal aufgestellt, daß das Verfahren, am allermeisten die Hauptverhandlung, nicht voranschreiten darf, ohne daß für das Vorhandensein eines Verteidigers, nötigenfalls durch das Gericht, gesorgt ist. Daraus ergibt sich klar, daß in der Revisionsinstanz die Verteidigung nicht notwendig ist. Kein Rechtfertigungsgrund für die Notwendigkeit der Verteidigung in der Revisionsinstanz kann aus der Bestimmung des § 345 Abs. 2 Strafprozeßordnung herausgelesen werden, welcher bestimmt, daß die Revisionsanträge und deren Begründung nur in einer vom Verteidiger oder Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers formell ordnungsgemäß angebracht werden können. Daraus hat von Kries geglaubt, ableiten zu dürfen, daß die Verteidigung auch in der Revionsinstanz eine notwendige sei. Dies ist meines Erachtens schon deshalb nicht zutreffend, weil die Revisionsanträge und deren Rechtfertigung auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden können, daher die Mitwirkung eines Verteidigers auch hierin nicht auf jeden Fall notwendig ist. Ob ein solcher mitwirkt, hängt vielmehr vom Belieben des Beschuldigten ab.

Gegen die Notwendigkeit der Verteidigung in der Revisionsinstanz spricht ferner auch eine Erwägung der Zweckmäßigkeit. Die Revisionsinstanz soll nur das Urteil der Vorinstanz nach der rechtlichen Seite hin nachprüfen. Die tatsächlichen Fesstellungen der Vorinstanzen bleiben bestehen. Die Haupttätigkeit des Verteidigers ist also somit abgeschlossen. In der Revisionsinstanz kann der Verteidiger nur wenig helfen. Das Revisionsgericht weiß meist selbst besser als der Verteidiger, was im einzelnen Fall, dessen Sachverhalt festgestellt ist, rechtens ist. In der Revisionsinstanz handelt es sich um eine Tätigkeit des Gerichts, bei der, wie Köhler (Ger. S. 53 S. 189) treffend sagt, die Verteidiger durchaus nicht in allen Fällen als geeignete Lehrmeister der Revisionsrichter erscheinen.

Eine andere Sache ist es, daß die Verteidigung wieder notwendig wird, wenn das Revisionsgericht die Sache nach § 354 Abs. 2 Strafprozeßordnung zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückverweist; denn dann wird die Sache wieder in der ersten bezw. in der Berufungsinstanz verhandelt und dort ist die Verteidigung wieder unter denselben Voraussetzungen wie früher eine notwendige.

Ebenso tritt die Notwendigkeit der Verteidigung wieder ein, wenn die Sache im Wiederaufnahmeverfahren erneut verhandelt wird und im ersteren Verfahren die Verteidigung eine notwendige war. Notwendig ist hier die Verteidigung im gleichen Umfange wie im ersteren Verfahren. Bezüglich des Zeitpunktes, von dem ab im Wiederaufnahmeverfahren die Verteidigung notwendig wird, herrscht in der Literatur Streit. Köhler (Ger. S. Bd. 53, S. 190) läßt die Notwendigkeit wieder eintreten, sobald der Angeklagte im Wiederaufnahmeverfahren nach Schluß der Beweisaufnahme über den Wiederaufnahmeantrag zur ferneren Erklärung nach § 369 Abs. 4 Strafprozeßordnung aufgefordert worden ist. Löwe u. a. lassen dagegen die Notwendigkeit der Verteidigung wieder eintreten, wenn die Erneuerung der Hauptverhandlung nach § 370 Abs. 2 Strafprozeßordnung beschlossen worden ist. Köhler führt für seine Meinung an, daß ausschlaggebend sei die Analogie zu § 140 Abs. 4 Strafprozeßordnung. Meines Erachtens ist die Ansicht Köhlers die richtige. Aus der Erwägung heraus, daß die Vorschriften des § 140 Strafprozeßordnung als allgemeine Bestimmungen des ersten Buches der Strafprozeßordnung auch für das Wiederaufnahmeverfahren gelten müssen, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, ferner, daß der Beschluß nach § 370 Strafprozeßordnung über die Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens und der Erneuerung der Hauptverhandlung für das Wiederaufnahmeverfahren selbst den Eröffnungsbeschluß vertritt,[25]) ergibt sich bei Berücksichtigung des oben ausgeführten Zweckes, den die Bestimmung über den Zeitpunkt des § 140 Abs. 4 Strafprozeßordnung verfolgt, daß der Zeitpunkt, in dem die Verteidigung im Wiederaufnahmeverfahren erneut notwendig wird, nur der von Köhler angegebene sein kann, also die Verteidigung wieder notwendig wird, wenn der Angeklagte zur ferneren Erklärung nach § 369 Abs. 4 Strafprozeßordnung aufgefordert worden ist.

Bezüglich der Dauer der wiedereingetretenen Notwendigkeit der Verteidigung unterscheidet sich das Wiederaufnahmeverfahren vom gewöhnlichen Verfahren nicht.

II. Dauer der Bestellung.

Die Bestellung kann nach § 142 schon während des Vorverfahrens erfolgen; erforderlich wird sie aber erst bei Beginn der

[25]) So RGSt. 18, 417.

Notwendigkeit der Verteidigung, falls kein Wahlverteidiger vorhanden ist.

Die Bestellung erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des RG. für die ganze Dauer des Verfahrens bis zur Erledigung der Sache durch rechtskräftiges Urteil. (RGSt. 40, 6.) Die Bestellung bleibt daher auch wirksam, wenn sie in erster Instanz erfolgt ist für die Berufungs- und Revisionsinstanz. In letzterer Instanz ist zwar die Verteidigung nicht notwendig, aber die einmal erfolgte Bestellung eines Verteidiger bleibt auch in dieser Instanz bestehen. Der in erster Instanz bestellte Verteidiger ist auch ohne weiteres für die weiteren Instanzen legitimiert. Der erneuten Bestellung eines Verteidigers in einer Rechtsmittelinstanz bedarf es daher nur, wenn der Verteidiger der ersten Instanz aus irgendeinem Grunde weggefallen ist. Die Bestellung eines Verteidigers für einen einzelnen Prozeßabschnitt ist unserer Strafprozeßordnung fremd; eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht nur der § 115 d über die notwendige Verteidigung im Haftprüfungsverfahren und ferner die im vorbereitenden Verfahren durch den Amtsrichter nach § 141 Strafprozeßordnung erfolgte Verteidigerbestellung. Aus dem Wortlaut des Gesetzes — „für das vorbereitende Verfahren ..." — ergibt sich, daß die Bestellung sich nur auf das Verfahren vor dem Amtsrichter erstreckt. Diese Bestellung der Verteidigung für das vorbereitende Verfahren vor dem Amtsrichter ist übrigens nie eine notwendige.

Die Bestellung bleibt auch dann bestehen, wenn die Sache von der Revisionsinstanz wiederum in die Vorinstanz zurückverwiesen wird. Sie bleibt selbst dann bestehen, wenn die Sache an ein anderes Gericht zurückverwiesen wird; aber der bestellte Verteidiger hat ein Ablehnungsrecht in diesem Falle. Nicht dagegen dauert die Bestellung fort für die im Wiederaufnahmeverfahren erfolgende erneute Hauptverhandlung,[26]) da hier ein neues Verfahren der durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Sache beginnt. In letzterem Punkte unterscheidet sich das Wiederaufnahmeverfahren von der erneuten Verhandlung im Falle der Zurückweisung durch das Revisionsgericht in die Vorinstanz; bei letzterer bleibt es beim alten, durch rechtskräftiges Urteil noch nicht abgeschlossenem Verfahren, es findet nur eine erneute Verhandlung statt, während im Wiederaufnahmeverfahren die Sache bereits einmal durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossen war und das ganze Verfahren als selbständiges von neuem beginnt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, daß die Bestellung für das Wiederaufnahmeverfahren nicht fortdauert, macht das Gesetz durch die Vorschrift des § 365 Strafprozeßordnung, der die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel auch auf den Antrag bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens für anwendbar erklärt; demnach auch die Vorschrift des § 297

[26]) RGSt. 29, 278.

Strafprozeßordnung, wonach also der bisherige Verteidiger zur Stellung des Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens berechtigt sein soll. Kraft dieser positiven gesetzlichen Vorschrift dauert also für diesen Antrag die Bestellung des bisherigen Verteidigers fort [27]); weiter reicht aber seine Berechtigung nicht. Er ist insbesondere nicht berechtigt zur Mitwirkung im Wiederaufnahmeverfahren selbst, das durch Beschluß nach § 370 Abs. 2 Strafprozeßordnung angeordnet wird. Hier beginnt vielmehr, wie oben dargelegt, ein neues Verfahren. In diesem hat das mit der Sache befaßte Gericht selbständig von neuem zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die notwendige Verteidigung gegeben sind und, wenn ja, für die Mitwirkung eines Verteidigers zu sorgen. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, die Bestellung des Verteidigers erlischt erst, abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 365 in Verbindung mit § 297 Strafprozeßordnung, ferner von dem Falle des § 115 d, mit der Rechtskraft des die Sache erledigenden Urteils.

2. Kapitel.

§ 10. Die Zulassung zum Verteidigeramt und die Uebernahmepflicht.

Bei der Betrachtung der Person des Verteidigers ist auseinanderzuhalten, ob der Verteidiger zu seiner Stellung kommt durch Wahl eines zur Wahl Berechtigten oder durch Bestellung von Seiten des Gerichts, ferner ob der Verteidiger ein notwendiger ist oder nicht.

A. Kraft Wahl des Wahlberechtigten kann Verteidiger werden:

I. 1. Jeder bei einem deutschen Gerichte zugelassene Rechtsanwalt. § 138 Strafprozeßordnung. Da aber nach § 20 der RAO. die Befugnis zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft erst mit der Eintragung in die vom Gerichte zu führende Rechtsanwaltsliste beginnt, so muß zur Zulassung nach § 3 RAO. durch die Landesjustizverwaltung auch noch die Eintragung in die Rechtsanwaltsliste des betreffenden Gerichtes kommen um den Anwalt zu Verteidigungen vor jedem deutschen Gerichte nach § 26 RAO. zu berechtigen (Friedländer, Kommentar zur RAO. 1920, S. 89 Anm. 2 zu § 26). Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Rechtsanwalt nach § 26 RAO. berechtigt in allen Sachen, auf welche die Strafprozeßordnung Anwendung findet, vor jedem Gerichte innerhalb des deutschen Reiches jede Verteidigung zu führen. Die Anwendung der Strafprozeßordnung braucht keine absolut ausnahmslose zu sein um die Rechtsanwälte zur Verteidigung zu berechtigen. Richtet sich das Verfahren nur in der

[27]) RGSt. 22, 97.

Hauptsache nach der Strafprozeßordnung, so sind die Rechtsanwälte zur Verteidigung berechtigt [28]) bei allen Gerichten, sei es ordentlichen oder Sondergerichten. Zugelassen sind deshalb z. B. die Rechtsanwälte zu Verteidigungen vor den Finanzgerichten, und den Ehrengerichten für Rechtsanwälte. Auch vor dem RG. können alle bei einem deutschen Gerichte zugelassenen Rechtsanwälte alle vorkommenden Verteidigungen führen, also Verteidigungen in erster und in der Revisionsinstanz. Die Verteidigungen vor diesem Gericht sind also nicht nur auf die Reichsgerichtsanwälte beschränkt.

Eine Ausnahme besteht für Rechtsanwälte, die am RG. zugelassen sind. § 100 Abs. 2 RAO. verbietet den bei dem RG. zugelassenen Rechtsanwälten bei jedem anderen Gericht aufzutreten. Die allgemeine Vorschrift des § 26 RAO. ist demnach für Reichsgerichtsanwälte durch § 100 Abs. 2 eingeschränkt. Der Reichsgerichtsanwalt darf in Sachen bei denen die Vorschriften der Strafprozeßordnung Abwendung finden, nur beim RG. in seiner Eigenschaft als Anwalt auftreten. Die Vorschrift des § 100 Abs. 2 RAO. ist als absolutes Verbot an die Reichsgerichtsanwälte aufzufassen, ihre Tätigkeit auch außerhalb des RG. auszuüben; es soll dadurch ein ersprießliches Zusammenwirken zwischen der Anwaltschaft am RG. und diesem Gerichte ermöglicht werden. Dem Reichsgerichtsanwalt ist deshalb, falls es nicht vor dem RG. geschieht, auch untersagt nach § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung mit Genehmigung des Gerichts eine Verteidigung zu führen oder Schriftstücke zu unterzeichnen, die nach den einzelnen Vorschriften der Strafprozeßordnung (wie §§ 172 Abs. 2, 345 Abs. 2, 366 Abs. 2) von einem Anwalt unterzeichnet sein müssen.[29])

Eine Annahmepflicht besteht für Rechtsanwälte, wenn sie zu Verteidigern gewählt werden, nicht. Sie sind jedoch verpflichtet, wenn sie die Wahl nicht annehmen wollen, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls sie den durch die Verzögerung erwachsenden Schaden zu ersetzen haben. § 30 RAO.

2. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen. Rechtslehrer sind diejenigen Dozenten an deutschen Hochschulen, nicht nur an deutschen Universitäten, also eventuell auch an technischen oder landwirtschaftlichen Hochschulen, die eine venia legendi für Rechtswissenschaft erhalten haben. Nicht notwendig ist demnach, daß sie der rechtswissenschaftlichen Fakultät einer Universität angehören. Auch Privatdozenten gehören zu den Rechtslehrern im Sinne des § 138 Strafprozeßordnung. Rechtslehrer können sowohl bei notwendiger, als auch bei nichtnotwendiger Verteidigung gewählt werden. Daß die Rechtslehrer die Wahl nicht anzunehmen brauchen, ist selbstverständlich.

[28]) Friedländer S. 90 Anm. 4 zu § 26.
[29]) Friedländer Anm. 4 u. 9 zu § 100 RAO.

Eine andere Gruppe kann nur bedingt gewählt werden, nämlich:

3. zum Verteidiger kann nach § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung auch jede andere Person gewählt werden, aber nur mit Genehmigung des Gerichts; im Falle der Notwendigkeit der Verteidigung kann sie ferner nur im Verein mit einer zum Verteidiger bestellbaren Person die Verteidigung führen. Diese andere Person kann sein Inländer oder Ausländer, Laie oder Jurist (bei letzteren jedoch mit Ausnahme der Reichgerichtsanwälte § 100 II RAO.), Mann oder Frau (bezüglich letzterer war es früher teilweise bestritten, heute besteht nach der neuen RV. Art. 109, II kein Zweifel mehr). Bedingt ist bei diesen Personen die Wählbarkeit durch die Genehmigung des Gerichts. Es soll dadurch dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, ungeeignete Elemente von der Verteidigung und dadurch auch vor allem von den weitgehenden Rechten eines Verteidigers fernzuhalten. Anderseits soll es aber auch dem Beschuldigten durch die Bestimmung des § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung ermöglicht werden, Männer seines Vertrauens, wie besondere Spezialisten und Sachverständige, die nicht Juristen sind, zur Verhandlung heranzuziehen. Die Genehmigung steht im Belieben des Gerichts. Sie kann auch für einzelne Prozeßabschnitte erteilt werden und ist jederzeit frei widerruflich.[30]) Letzteres ist dann von Wichtigkeit, wenn Umstände bekannt werden, die gegen die Zuverlässigkeit des Verteidigers sprechen. Doch darf auch die Genehmigung nicht zur Unzeit zurückgenommen werden, es muß vielmehr zuvor dem Angeklagten Gelegenheit gegeben werden, anderweitig für seine Verteidigung zu sorgen.

II. Substitutionsrecht des gewählten Verteidigers.

1. Für Rechtsanwälte, die als Verteidiger gewählt sind, bestimmt § 139 Strafprozeßordnung, daß sie mit Zustimmung des Angeklagten die Verteidigung einem Rechtskundigen übertragen können, der die erste Prüfung für den höheren Justizdienst bestanden hat (Referendar) und darin seit mindestens einem Jahr und drei Monaten beschäftigt ist. Da der Rechtsanwalt vom Beschuldigten gewählt ist und im Zweifel seinen Auftrag persönlich auszuführen hat (Vertrauensverhältnis), so ist Substitution ohne Einwilligung des Beschuldigten unzulässig. Eine Zustimmung des Beschuldigten ist jedoch nicht erforderlich bei Uebertragung der Verteidigung an einem Generalsubstituten nach § 25 RAO.[31]) Bei Uebertragung der Verteidigung an einen anderen Rechtsanwalt, der nicht Generalsubstitut nach § 25 Abs. 2 RAO. ist, bedarf der Gewählte der Zustimmung des Beschuldigten, bzw. des gesetzlichen Vertreters desselben, von dem er gewählt ist. Das Gleiche gilt bei der Uebertragung der Verteidigung an einen Referendar. Zur Uebertragung der Verteidigung an einen Referendar ist neben

[30]) Löwe S. 368 Anm. 9 zu § 138 StPO.
[31]) Löwe S. 370 Anm. 1a zu § 139.

der Zustimmung des Beschuldigten, deren Nachweis das Gericht jederzeit verlangen kann, auch das weitere Erfordernis aufstellt, daß derselbe 1 Jahr und 3 Monate im Justizdienst beschäftigt gewesen sein muß und, nach dem Wortlaut zu schließen, auch noch beschäftigt ist. Beschäftigung im Anwaltsdienst ist auch Beschäftigung im Justizdienst, nicht dagegen Beschäftigung bei Verwaltungsbehörden.[32]) Einer Genehmigung des Gerichts bedarf in diesem Falle der Referendar zur Führung der Verteidigung nicht, obwohl er zu den Personen des § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung gehört. Uebertragen kann die Verteidigung einem Referendar für die ganze Dauer des Verfahrens werden. Aus dem Wortlaut „Angeklagter" darf man nicht schließen, daß nur nach der Erhebung der öffentlichen Klage Substitution eines Referendars zulässig sei. Angeklagter ist hier gleichbedeutend wie Beschuldigter. (So Köhler Ger. S. 53, S. 208.) Substitutionsrecht hat der gewählte Verteidiger- Rechtsanwalt, sowohl in den Fällen der notwendigen, als auch der nicht notwendigen Verteidigung.

2. Rechtslehrer haben kein Substitutionsrecht, wenigstens nicht durch einen Referendar. Sie können sich aber einen anderen Rechtslehrer substituieren. Ebensowenig haben natürlich auch die übrigen Personen des § 138 Abs. 2 Strafprozeßordnung ein Substitutionsrecht im Sinne des § 139 Strafprozeßordnung.

B. Kraft Bestellung können Verteidiger werden:

I. 1. Die Rechtsanwälte in demselben Umfang, indem sie auch gewählt werden können. Eine Verpflichtung, die Verteidigung zu übernehmen, die, wie oben hervorgehoben, bei der Wahl eines Rechtsanwalts überhaupt nicht besteht, hat bei der Bestellung dem Gericht gegenüber ein bestimmter Kreis von Rechtsanwälten. Es sind dies:

a) Die am Sitz des Gerichts wohnhaften Rechtsanwälte, gleichgültig, ob sie beim bestellenden Gericht zugelassen sind oder nicht. Es kann also auch ein Rechtsanwalt, der am Amtsgericht zugelassen ist, am Landgericht oder Oberlandesgericht, ja sogar am Reichsgericht zum Verteidiger bestellt werden, wenn er am Sitze dieses Gerichtes wohnt. § 144 Abs. 1 Strafprozeßordnung.

b) Die Rechtsanwälte, die bei dem mit der Sache befaßten Gerichte zugelassen sind und im Bezirke, wenn auch nicht am Sitze desselben, wohnhaft sind. § 39 Abs. 2 RAO.

c) Rechtsanwälte, welche bei einem Landgericht nach § 12 RAO. widerruflich zugelassen sind, bei diesem, auch dem damit verbundenen Schwurgericht, falls anderweitige Rechtsanwälte, welche im Bezirke des Gerichts wohnhaft sind, nicht in ausreichender Zahl vorhanden sind.

Das Gesetz spricht sich übrigens bei Bestimmung dieser Verpflichtung der Rechtsanwälte zur Annahme einer Bestellung höchst

[32]) Löwe S. 371 Anm. 6 zu § 139.

undeutlich aus. In § 144 Strafprozeßordnung ist nur die Rede von dem Kreise der Rechtsanwälte, aus dem die Bestellung zu erfolgen hat, eine Verpflichtung zur Annahme ist dort nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die im Jahre 1878 erlassene Rechtsanwaltsordnung verweist jedoch inbetreff der Bestimmung über die Verpflichtung der Rechtsanwälte zur Annahme von Pflichtverteidigungen auf die im Jahre 1877 erlassene Strafprozeßordnung. Es muß daher angenommen werden, daß die Bestimmung der Strafprozeßordnung über den Kreis der Rechtsanwälte, welche zu Verteidigern bestellt werden können, zugleich Bestimmung darüber treffen soll, welche Rechtsanwälte verpflichtet sind, eine bestellte Verteidigung zu führen.

Außer den Rechtsanwälten, welche zu den unter a) bis c) aufgestellten Gruppen gehören, kann jeder andere Rechtsanwalt zum Verteidiger bestellt werden; eine Bestellung eines Rechtsanwalts, der nicht unter a) bis c) fällt, macht das Verfahren nicht etwa revisibel. Doch braucht ein solcher Rechtsanwalt die Bestellung nicht anzunehmen. Eine Ausnahme machen auch hierin die Reichsgerichtsanwälte. Sie können nach § 100 Abs. 2 RAO. nur vor dem RG. auftreten, können also vor einem anderen Gericht nicht nach § 144 Strafprozeßordnung oder § 39 RAO. bestellt werden. Die Bestellung und Mitwirkung eines Reichsgerichtsanwaltes in einer Nichtreichsgerichtssache macht das Verfahren revisibel nach § 338 Ziff. 5 Strafprozeßordnung.

2. Nicht dagegen können Rechtslehrer kraft Bestellung Verteidiger werden. § 144 Strafprozeßordnung, die die bestellbaren Personen erschöpfend aufzählt, erwähnt sie nicht. Ihre Bestellung macht das Verfahren revisibel nach § 338 Ziff. 5 Strafprozeßordnung. Anderer Ansicht ist nur John I S. 1012, welcher auch die Bestellbarkeit der Rechtslehrer für zulässig erklärt. In der Tat ist John beizupflichten, daß es unlogisch ist, daß ein Verteidiger, welcher ohne Genehmigung des Gerichts dazu gewählt werden kann, nicht kraft Willens des Gerichts die Verteidigerfunktion ausüben kann. Das Gesetz erwähnt jedoch die Bestellbarkeit nicht. Das Gesetz hat offenbar dabei nicht unterschieden zwischen Bestellbarkeit und Annahmepflicht.

3. Neben den Anwälten können ferner zum Verteidiger bestellt werden:

a) Jeder Justizbeamte, welcher nicht als Richter angestellt ist. § 144 Abs. 2 Strafprozeßordnung. Gleichgültig ist, ob dieser Justizbeamte rechtsverständig ist oder nicht. Es kann daher auch ein Gerichtsdiener zum Verteidiger bestellt werden; freilich wird dies in der Praxis nie vorkommen. Die Praxis wird, soweit sie überhaupt von dieser Vorschrift Gebrauch machen wird, meist Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu Verteidigern bestellen.

b) Rechtskundige, welche die erste Prüfung für den höheren Justizdienst bestanden haben (Referendare); vorausgesetzt ist

also nach dem Wortlaute des Gesetzes nur, daß jemand die erste Prüfung für den höheren Justizdienst bestanden hat; es könnte daher jeder, der vor Jahrzehnten einmal diese Prüfung bestanden hat und seit dieser Zeit sich nicht mehr mit Rechtswissenschaft beschäftigt hat, zum Verteidiger bestellt werden. Dies dürfte jedoch nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Der Gerichtsgebrauch hat denn auch das Gesetz etwas eingeschränkt, insofern nur solche Rechtskundige, die die erste Prüfung für den höheren Justizdienst bestanden haben und sich noch im Vorbereitungsdienst auf die zweite Prüfung befinden, zu Verteidigern bestellt werden. Bei dieser Auslegung hätte sich jedoch das Gesetz die ausdrückliche Erwähnung der Referendare in § 144 Abs. 2 Strafprozeßordnung sparen können, da die Referendare, solange sie sich im Vorbereitungsdienst bei den Justizbehörden befinden, Beamte sind. Die Bestellung der Referendare bei Verwaltungsbehörden kommt deshalb nicht in Betracht, weil eine Pflicht zur Annahme nicht besteht.

Die unter Ziff. 3 genannten Personen können zu Verteidigern unbeschränkt in allen Sachen, auch in Schwurgerichtssachen, bestellt werden; in Schwurgerichtssachen sollen sie jedoch nicht bestellt werden, da ihre Fähigkeit als Verteidiger mangels der nötigen Erfahrung und Vertrautheit mit den Rechten und Pflichten eines Verteidigers oft nicht den wünschenswerten Grad erreichen wird, andererseits es sich bei Schwurgerichtssachen doch immer um Kapitalfälle handeln wird. In diesem Sinne hat eine Bekanntmachung des bayerischen Justizministeriums vom 28. III. 1919 verfügt, daß in Schwurgerichtssachen Rechtspraktikanten nur dann bestellt werden sollen, wenn sie besonders befähigt sind.

Eine Pflicht für Referendare und Justizbeamte zur Uebernahme der Verteidigung besteht dem Gerichte gegenüber auf Grund gesetzlicher Vorschrift nicht. Die Frage, ob eine solche Verpflichtung besteht, richtet sich vielmehr im einzelnen Falle nach dem Dienstverhältnis dieser Personen zu dem bestellenden Gericht. Justizbeamte sind demnach zur Annahme der Bestellung nur verpflichtet, wenn sie auf Grund ihrer Dienstvorschriften dem bestellenden Richter oder dem Vorstand des bestellenden Gerichts dienstlich unterstellt sind. Das Gleiche gilt auch für die Referendare.

II. Substitutionsrecht des bestellten Verteidigers.

Wie bei der Wahl der Verteidiger zu seinem Amte durch das Vertrauen des Beschuldigten eventl. des gesetzlichen Vertreters, so wird bei der Bestellung der Verteidiger zu seinem Amte durch das Vertrauen des Gerichts berufen. Eine Substitution von seiten des bestellten Verteidigers ist daher grundsätzlich ebenso ausgeschlossen wie beim gewählten. Im einzelnen ist folgendes auszuführen:

a) Ist ein Rechtsanwalt bestellt, so gilt im Falle, daß er verhindert ist und ein Generalsubstitut nach § 25 RAO. für ihn tätig wird, auch dieser Generalsubstitut als bestellt[33]): sonst aber hat der Rechtsanwalt kein Substitutionsrecht, insbesondere nicht das Substitutionsrecht nach § 139 Strafprozeßordnung, da dieser Paragraph nur von dem zum Verteidiger gewählten Rechtsanwalt spricht. Der bestellte Rechtsanwalt kann auch nicht einen anderen Rechtsanwalt zur Verteidigung für ihn bevollmächtigen. Läßt das Gericht dennoch für den bestellten Anwalt einen anderen Anwalt zur Führung der Verteidigung zu, so gilt dieser neue Anwalt als vom Gericht bestellt. Der ursprünglich bestellte Anwalt wird aber dadurch im Zweifel seiner Pflichten nicht enthoben. Eine Disziplinierung desselben ist daher möglich.[34])

b) Noch viel weniger als der Rechtsanwalt haben die Personen des § 144/II Strafprozeßordnung ein Substitutionsrecht.

§ 11. Der zur Wahl oder Bestellung Berechtigte.

Nach der Frage, wer Verteidiger sein kann, soll die Frage erörtert werden, wer ihn zu seinem Amte beruft. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Wahl und Bestellung des Verteidigers.

A. Wahl des Verteidigers.

Wahlberechtigt ist nach § 137 Strafprozeßordnung:

1. der Beschuldigte selbst. Dieser kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen, also in jeder Lage sich einen Verteidiger wählen. Zulässig ist deshalb die Wahl auch schon im Vorverfahren, und zwar sowohl in der Voruntersuchung, wie auch schon im vorbereitenden Verfahren. Dies ergibt sich u. a. auch daraus, daß das Gesetz im § 169 Abs. 2 Strafprozeßordnung den Verteidiger ausdrücklich für das vorbereitende Verfahren und im § 192 Abs. 2 und § 193 für die Voruntersuchung nennt. Der Beschuldigte kann sich immer einen Verteidiger wählen, auch dann, wenn er nach bürgerlichem Recht noch nicht voll geschäftsfähig ist. Insoweit erweitert hier die Strafprozeßordnung die Geschäftsfähigkeit eines Nichtvollgeschäftsfähigen für die Wahl eines Verteidigers. Der Beschuldigte wird daher auch, wenn er nach bürgerlichem Recht noch nicht vollgeschäftsfähig ist, durch die Wahl eines Verteidigers verpflichtet, die Anwaltsgebühren zu bezahlen, ohne daß sein gesetzlicher Vertreter die Anwaltsbestellung zu genehmigen braucht.[35])

2. Der gesetzliche Vertreter. Wer gesetzlicher Vertreter des Beschuldigten ist, ist in der Strafprozeßordnung, wo dieser Be-

[33]) Löwe S. 380 Anm. 2c zu § 144.
[34]) Köhler, GerS. 53 S. 206.
[35]) Köhler GerS. 53, S. 170.

griff oft vorkommt, nicht bestimmt; dies bestimmt sich vielmehr nach bürgerlichem Recht (RGSt. 32, 343). Der gesetzliche Vertreter ist demnach, je nach Verschiedenheit der Fälle, der eheliche Vater, die eheliche Mutter, der Adoptivvater, die Adoptivmutter, der Vormund oder der Pfleger. Der gesetzliche Vertreter ist indessen zur Mitwirkung im Strafverfahren und damit zur Wahl nur berechtigt, wenn ihm die Sorge für die Person seines Pflegebefohlenen und die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten zusteht, da sein Mitwirkungsrecht sich nur als ein Ausfluß des Personensorgerechts und des Rechts zur Vertretung in persönlichen Angelegenheiten des Pflegebefohlenen darstellt. Nicht kann demnach der gesetzliche Vertreter, z. B. ein Vormund oder ein Pfleger, im Strafverfahren mitwirken, also auch nicht einen Verteidiger wählen, wenn ihm nur die Vermögensverwaltung seines Pflegebefohlenen zusteht.

Der gesetzliche Vertreter kann sich selbst zum Verteidiger wählen; im Falle der Notwendigkeit derselben jedoch nur, wenn er Rechtsanwalt oder Rechtslehrer ist.

Der gesetzliche Vertreter ist in seinem Wahlrecht von seinem Pflegebefohlenen unabhängig. Er kann dieses Recht selbständig neben seinem Pflegling ausüben. Er kann neben dem von seinem Pflegling gewählten Verteidiger noch einen zweiten Verteidiger wählen. Durch die Wahl des gesetzlichen Vertreters wird auch nicht das Wahlrecht des Beschuldigten beschränkt.

Die Wahlberechtigten unter 1) und 2) verlieren auch durch eine bereits von seiten des Gerichts erfolgte Bestellung eines Verteidigers ihr Wahlrecht nicht.

3. Wahlberechtigt sind auch die Angehörigen im Verfahren zur Sicherung des Beweises nach § 286 Strafprozeßordnung. Wer Angehöriger ist, ist durch § 55 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Ziff. 1—3 Strafprozeßordnung bestimmt. Danach sind Angehörige der Verlobte des Beschuldigten, der Ehegatte des Beschuldigten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, derjenige, der mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Annahme an Kindesstatt verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht.

4. Wahlberechtigt ist ferner der Ehemann einer beschuldigten Frau, wenn er ein Rechtsmittel eingelegt hat. § 298 Strafprozeßordnung.

Bezüglich der Dauer der Wahl gilt das gleiche wie bei der Bestellung. Die Wahl dauert demnach, wenn sie nicht vorher zurückgenommen worden oder nicht vorher aus einem anderen Grunde die Sache sich erledigt, bis zum rechtskräftigen Urteil der Strafsache, also auch für alle Instanzen.

B. Bestellung des Verteidigers.

Beim Bestellungsgeschäft sind zwei Punkte auseinander zu halten:

1. der Beschluß darüber, daß ein Verteidiger bestellt werden soll. Dieser Beschluß ist nur in den Sachen erforderlich, in denen die Verteidigung nicht schon ohnehin auf Grund Gesetzes für notwendig erklärt ist, also in den Fällen des § 141 Strafprozeßordnung, in denen ein Verteidiger bestellt werden kann, aber nicht bestellt werden muß. Nach dem Sinn und Geiste der Strafprozeßordnung soll ein solcher Beschluß gefaßt werden, wenn ein Bedürfnis nach einem Verteidiger vorhanden ist. Der Grund zur Bestellung kann liegen in der Verwickeltheit der Sache in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht, in der Schwere der zu erwartenden Strafe, in der Unbeholfenheit des Beschuldigten infolge von Geistesschwäche, verminderter Zurechnungsfähigkeit, Blindheit, Schwerhörigkeit usw.

Zuständig zur Erlassung des Beschlusses ist das Gericht, das mit der Sache befaßt ist, § 141 Strafprozeßordnung. Es beschließt demnach in den vor dem Amtsrichter schwebenden Sachen dieser; in den vor dem Schöffengericht schwebenden Sachen beschließt außerhalb der Hauptverhandlung der Amtsrichter allein, in der Hauptverhandlung das Schöffengericht (also Amtsrichter und Schöffen), in den vor der Strafkammer schwebenden Sachen beschließt außerhalb der Hauptverhandlung das beschließende Gericht in der Besetzung von drei richterlichen Mitgliedern nach § 76 I GVG., in der Hauptverhandlung beschließt das erkennende Gericht in der Zusammensetzung nach § 76 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz. Bei der Frage, wer in den einzelnen Stadien des Verfahrens zu beschließen hat, ist festzustellen: Im Ermittlungsverfahren oder vorbereitenden Verfahren beschließt über die Bestellung der Amtsrichter allein § 144 Abs. 1 Satz 2 Strafprozeßordnung; jeder Amtsrichter, der mit der Sache in diesem Stadium befaßt ist, hat das Recht, für das Verfahren vor ihm einen Verteidiger zu bestellen, auch wenn schon von einem anderen Amtsrichter im gleichen Stadium ein Verteidiger bestellt ist. Für die Voruntersuchung steht die Beschlußfassung dem Landgericht zu, dem der Untersuchungsrichter angehört, und zwar dem beschließenden Gericht, also der Strafkammer in der Besetzung mit drei Berufsrichtern nach § 76 I Gerichtsverfassungsgesetz. Dies folgt aus § 141 Strafprozeßordnung, der bestimmt, daß das Gericht einen Verteidiger bestellen kann, also nicht der Untersuchungsrichter. Das gleiche gilt auch dann, wenn auf Beschluß des Landgerichts ein Amtsrichter zum Untersuchungsrichter bestimmt wird. Im Hauptverfahren ist außerhalb der Hauptverhandlung zur Beschlußfassung zuständig in amtsrichterlichen und schöffengerichtlichen Sachen der Amtsrichter allein, in Sachen vor dem Landgericht das beschließende Gericht, in der Hauptverhandlung ist zuständig das erkennende Gericht,

also je nach der Verschiedenheit der Sache der Amtsrichter allein, das Schöffengericht, die Strafkammer in der Besetzung nach § 76 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz.

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt bei Kollegialgerichten für den Fall der Dringlichkeit. § 141 Strafprozeßordnung. In diesem Falle kann der Vorsitzende allein kraft eigenen Dafürhaltens die Verteidigerbestellung anordnen. Dringlichkeit ist, wie Köhler Ger. S. Bd. 53, S. 175 ausführt, gleich Gefahr im Verzuge.

2. Die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers: Diese erfolgt in jedem Falle, gleichgültig, ob sie geschieht, weil die Verteidigung kraft Gesetzes notwendig ist, oder auf Grund Gerichtsbeschlusses zu erfolgen hat, durch den Vorsitzenden des Gerichts. § 144 Strafprozeßordnung. Nicht ist unter Vorsitzendem des Gerichts der Vorstand des betreffenden Gerichts gemeint, sondern der Vorsitzende des mit der Sache befaßten, beschließenden, bezw. erkennenden Gerichts. Wo ein einzelner Richter über die Bestellung zu beschließen hat, erfolgt demnach selbstverständlich auch die Auswahl durch ihn. Beschluß und Verfügung über die Auswahl fallen im letzten Falle zusammen.

Ueber die Bestellung kann das Gericht nicht unabhängig verfügen, es ist vielmehr von dem zur Wahl Berechtigten abhängig. Hat dieser bereits einen Verteidiger gewählt, so darf vom Gericht ein Verteidiger nicht mehr bestellt werden. Eine vor der Wahl erfolgte Bestellung ist im Falle einer nachträglichen Wahl und Annahme derselben zurückzunehmen. § 143 Strafprozeßordnung. Ein Verteidiger darf also auch dann nicht vom Gericht nach § 141 Strafprozeßordnung bestellt werden, wenn vom Wahlberechtigten ein Verteidiger gewählt worden ist, der nur mit Genehmigung des Gerichts Verteidiger sein kann. In diesem Falle kann aber die Genehmigung zurückgenommen werden und dann ein Verteidiger bestellt werden; im Falle der notwendigen Verteidigung ist jedoch das Gericht befugt, neben dem genehmigungspflichtigen Verteidiger einen anderen zur Führung der notwendigen Verteidigung Fähigen zu bestellen.

§ 12. Rechtliche Natur der Verteidigerwahl und Verteidigerbestellung.

Nach den Fragen, wer Verteidiger sein kann und wer diesen zu seinem Amte beruft, soll noch einiges über seine Stellung ausgeführt werden. Bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigten ist folgendes festzustellen: Das Wahlgeschäft richtet sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Auftrag. Die Wahl bedarf daher der Annahme. Das weitere Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigten richtet sich aber nach erfolgter Wahl, abgesehen von dem Widerruf derselben, nicht mehr nach BGB., den Regeln

des Auftrags, sondern ist ein Verhältnis zwischen einem Pfleger und einem Pflegebefohlenen. Der Verteidiger ist bei Führung seines Amtes von dem Beschuldigten unabhängig und nur seinem Gewissen und dem Gesetze unterworfen. Dasselbe gilt bei Bestellung eines Verteidigers. Das Bestellungsgeschäft selber jedoch ist öffentlich-rechtlicher Verwaltungsakt, durch welchen die Stellung des Verteidigers unmittelbar begründet wird.[36]) Deshalb bedarf es auch keiner Annahme der Bestellung. Die Bestellung gilt als erfolgt mit der Anzeige an den Bestellten, soweit dieser nicht mit Erfolg Ablehnungsgründe geltend macht. Solche Ablehnungsgründe sind entweder solche, die der Verteidiger unbedingt geltend machen muß und wegen deren eine Bestellung nicht erfolgen darf, die auch den Verteidiger hindern, eine Wahl anzunehmen, und solche, deren Geltendmachung in seinem freien Dafürhalten liegt. Die Gründe der ersteren Art sind in § 31 RAO. erschöpfend aufgezählt; danach muß ein Rechtsanwalt die Bestellung und Wahl zum Verteidiger ablehnen, wenn er in einer Sache aufgestellt werden soll, an deren Entscheidung er früher als Richter teilgenommen hat oder wenn er früher in derselben Sache als Staatsanwalt tätig war, letzteres nicht nach § 31 Ziff. 2 RAO., sondern nach § 31 Ziff. 1 i. V. mit § 28 RAO.). Von dieser Verpflichtung zur Ablehnung der Verteidigung kann den Rechtsanwalt auch nicht die Zustimmung des Beschuldigten oder etwaige Genehmigung des Gerichts befreien,[37]) denn es handelt sich hier um zwingendes Recht, das im Interesse einer gesunden Rechtspflege und der Würde des Rechtsanwaltsstandes gegeben ist. Die Nichtbeachtung dieses Verbotes macht jedoch das prozessuale Verfahren nicht ungültig und bildet keinen Anfechtungsgrund.[38])

Gründe, deren Geltendmachung im Belieben des Rechtsanwalts stehen, sind vor allem in Umständen zu suchen, deren Vorliegen es dem bestellten Verteidiger nicht zumuten lassen, die Verteidigung zu führen. Solche Gründe sind z. B.: Mißtrauen des Beschuldigten gegen ihn, persönliche Feindschaft mit dem Beschuldigten, Interesse am Ausgange des Verfahrens, ausschließliche Beschäftigung mit Zivilsachen, Ueberlastung mit Pflichtverteidigungen, Urlaub eines Rechtsanwalts, Verweisung der Sache an ein anderes Gericht usw. Der wichtigste Grund ist aber Nichtverpflichtung zur Annahme. Bei Vorliegen solcher Gründe kann der Verteidiger um Enthebung von der erfolgten Bestellung nachsuchen. Bei Verweigerung der Enthebung steht ihm das Recht der Beschwerde zu § 304 Abs. 2 Strafprozeßordnung. Gegen die Entscheidung der Beschwerdeinstanz ist weitere Beschwerde nicht mehr zulässig. § 310 Abs. 2 Strafprozeßordnung.

[36]) So Friedländer Anm. 11 zu § 39 RAO.
[37]) Friedländer Anm. 23 zu § 31 RAO.
[38]) Friedländer Anm. 26 zu § 31 RAO.

Liegen diese Ablehnungsgründe nicht sofort bei der Bestellung vor, sondern treten sie erst nachträglich ein, so erlangt der bestellte Verteidiger ein Recht auf Zurücknahme der Bestellung. Bei Eintreten von Ablehnungsgründen von der Art des § 31 RAO. unterliegt die Zurücknahme nicht dem Ermessen des Gerichts; in diesem Falle muß der Verteidiger auch eine erfolgte Wahl kündigen. Sonst aber liegt die Zurücknahme, abgesehen von dem Falle der Nichtverpflichtung zur Annahme, im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.

Des Zusammenhanges wegen soll hier auch die Frage untersucht werden, ob die Stellung als Verteidiger mit der Stellung als Zeuge vereinbar ist oder ob die Tätigkeit als Zeuge den Verteidiger untauglich macht im Sinne des § 31 RAO. Das Gesetz selbst spricht sich über diesen Punkt nicht direkt aus. Aus dem Willen des Gesetzes, die Untauglichkeit zum Verteidiger im § 31 RAO. erschöpfend regeln zu wollen, ist aber zu schließen, daß grundsätzlich die Stellung als Zeuge und Verteidiger nicht unvereinbar ist. In der Literatur herrscht über diese Frage vielfach Streit; auch die Praxis hat sich hierin noch nicht zu einem einheitlichen Standpunkt durchgerungen. Vorwiegend aber herrscht in Literatur und Praxis die Ansicht vor, daß die Stellung als Verteidiger und Zeuge unvereinbar sei.[39]) Die Praxis des Reichsgerichts hat diesen Standpunkt teilweise etwas modifiziert dahin, daß zwar grundsätzlich Verteidiger und Zeuge nicht ein und dieselbe Person sein könne, daß aber bei besonders gelagerten Fällen durch das Gericht Ausnahmen zugelassen werden könnten und ein Verteidiger, der zugleich als Zeuge vernommen werde, weiter als Verteidiger fungieren könne.[40]) Es ist zwar anzuerkennen, daß es nicht besonders wünschenswert ist, wenn Verteidiger und Zeuge ein und dieselbe Person sind. Vor allem wird gegen die Vereinbarkeit der Stellung des Verteidigers und Zeugen in einer Person geltend gemacht,[41]) daß der Verteidiger subjektiv die Interessen seines Klienten wahrnehmen, der Zeuge aber objektiv über Geschehnisse berichten solle; ferner, daß durch die subjektive Tätigkeit des Verteidigers die Objektivität des Zeugen leide; ferner, daß die Strafprozeßordnung dadurch die Objektivität eines Zeugen erhöhen wolle, daß sie die Abwesenheit der später zu vernehmenden Zeugen bei der Aussage der früheren vorschreibt, was aber einem Verteidiger-Zeugen

---

[39]) Für die Unvereinbarkeit sind: John 1, 1019, Glaser 1, 480, Ben-Beling. 143, Birkmayer S. 424, Stenglein Anm. 4 zu 138; von Kries S. 349. Für die Vereinbarkeit: Beling S. 149, Köhler GerS. 53 S. 210, RG. in Gold. Arch. 20, 546.

[40]) RGSt. 24, 104, 24, 296, RG. Gold. Arch. 62, 154. In diesen Entscheidungen wird die Frage der Vereinbarkeit der Stellung als Zeuge und Verteidiger als Ermessenssache des Gerichts angesehen.

[41]) Vgl. hierzu: Köhler GerS. 53 S. 210 Anm. 2.

nicht möglich sei; ferner, daß die Strafprozeßordnung den Verteidiger im Vorverfahren nur beschränkt die Anwesenheit bei Zeugenvernehmungen gestatte, während der Verteidiger-Zeuge seine eigenen Aussagen schon vor dem in der Strafprozeßordnung zulässigen Zeitpunkt gebrauchen könne, wodurch der Zweck der Untersuchung eventuell vereitelt werden könnte. Dem ersten Einwand ist aber entgegenzuhalten, daß der Verteidiger regelmäßig ein Mann von dem Bildungsgrade sein wird, daß er seine objektiven Pflichen als Zeuge und seine Pflichten als Verteidiger wohl zu trennen wissen wird. Der zweite Einwand ist nicht stichhaltig, weil auch ein Verteidiger-Zeuge während der Aussage der früheren Zeugen vom Sitzungssaale abwesend sein kann. Dem dritten Einwand liegt indessen noch die alte Abneigung der Gesetzgebung gegen die Mitwirkung eines Verteidigers im Strafverfahren zugrunde. Das odium defensorum spricht dabei das entscheidende Wort. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung dürften jedoch meines Dafürhaltens die Rechte des Verteidigers bei der gegenwärtgen Tendenz der Gesetzgebung, die auf Stärkung derselben gerichtet ist, nicht eingeschränkt werden. Ganz unhaltbar ist indessen eine weitere Ansicht, die gegen die Vereinbarkeit der Stellung eines Verteidigers mit der eines Zeugen spricht, nämlich die, daß der Verteidiger seine eigenen Zeugenaussagen nicht gut zur Grundlage seines Plaidoyers machen könne. Er wird in diesem Falle über seine Zeugenaussage überhaupt nicht plaidieren.

Im Falle der notwendigen oder der nach § 141 Strafprozeßordnung bestellten Verteidigung muß jedoch für die Zeit, in der der Verteidiger-Zeuge nach § 59 Strafprozeßordnung vom Sitzungssaale abwesend zu sein hat, und für die Zeit seiner Vernehmung ein anderer zur Führung der notwendigen Verteidigung geeigneter Verteidiger aufgestellt werden, denn das Verfahren darf in keinem Augenblick ohne Anwesenheit eines Verteidigers fortschreiten.

Unvereinbar scheint mir dagegen die Stellung des Verteidigers mit der Stellung als Mitangeklagter.[42]) Beling schließt in seinem Lehrbuch S. 149 auch einen Mitangeklagten nicht von der Verteidigung aus. Ich glaube dagegen, daß dies mit dem Geiste unserer Strafprozeßordnung nicht vereinbar ist. Die Strafprozeßordnung räumt dem Verteidiger viele Rechte ein, die in der Hand eines Mitangeklagten, dessen Geschick mit dem des zu verteidigenden Angeklagten oft ganz unzertrennbar verbunden ist, höchst gefährlich werden könnten. Wollte man aber dem Verteidiger in diesem Falle manche Rechte, die er leicht mißbrauchen könnte, entziehen, so könnte man ihm schließlich dabei von den speziellen Rechten eines Verteidigers kein einziges mehr lassen; wo bliebe dann die Stellung als Verteidiger?

[42]) Vgl. RG. J. W. 55 S. 2756.

Unfähig dagegen, die Verteidigung zu führen, ist, wer zur Zuchthausstrafe verurteilt worden ist, und zwar für immer § 31 StGB. Ferner ist unfähig, Verteidiger zu sein, wem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, dies aber nur für die Dauer der Aberkennung derselben (§ 34 StGB., denn das Amt des Verteidigers gehört zu den öffentlichen Aemtern im Sinne des § 31 Abs. 2 Strafgesetzbuch.[43])

Bei Auswahl des zu bestellenden Verteidigers ist der Vorsitzende durch den Willen des Beschuldigten nicht beschränkt. In seinem Ermessen liegt es vielmehr, ob er Wünschen des letzteren bezüglich der Auswahl stattgeben will oder nicht. Ein Recht des Beschuldigten, den bestellten Verteidiger abzulehnen, kennt unsere Strafprozeßordnung höchstens insofern, als sie es dem Beschuldigten freistellt, sich einen anderen geeigneten Verteidiger zu wählen und dadurch das Gericht zur Zurücknahme der Verteidigerbestellung zu zwingen; sonst aber steht dem Beschuldigten keinerlei Zustimmungs- oder Ablehnungsrecht bei Auswahl des zu bestellenden Verteidigers zu. Der Beschuldigte kann z. B. nicht verlangen, daß an Stelle eines Referendars oder Justizbeamten ein Rechtsanwalt, auch wenn dies möglich wäre, bestellt wird. Doch steht es dem Beschuldigten frei, um Enthebung einer ihm unangenehmen Person als Verteidiger beim bestellenden Gericht nachzusuchen. Gegen dessen ablehnenden Bescheid ist dem Beschuldigten das Recht der Beschwerde gem. § 304 Strafprozeßordnung gegeben. Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung des auswählenden Vorsitzenden. Die Zurückweisung der Vorstellungen des Beschuldigten bildet jedoch niemals einen Revisionsgrund.

3. Kapitel.

§ 13. Inhalt der notwendigen Verteidigung.

Aufgabe des Verteidigers ist, wie schon früher ausgeführt wurde, zu objektiver Wahrheitsermittlung beizutragen, wenn auch nur in der besonderen Richtung auf Nicht- bezw. geringere Strafbarkeit des Beschuldigten. Zu diesem Zwecke hat ihm die Strafprozeßordnung selbständig zur freien Verfügung eine Anzahl von Rechten verliehen und ihm eine Anzahl Pflichten auferlegt. Die Strafprozeßordnung macht dabei hinsichtlich der Stellung des Verteidigers keinen Unterschied zwischen notwendiger und freiwilliger Verteidigung, und mit Recht, da ja überall die Aufgabe die gleiche ist. Jedoch in einem Punkt besteht zwischen der notwendigen Verteidigung, der in diesem Falle auch

[43]) Der Verteidiger ist zwar nicht ausdrücklich in § 31/II StSB. erwähnt, doch versieht er einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von staatlichen Geschäften, also ein öffentliches Amt.

die nach § 141 Strafprozeßordnung erfolgte Bestellung gleichgestellt ist, und der freiwilligen Verteidigung insofern ein Unterschied, als das Gesetz bei der notwendigen Verteidigung eine Anwesenheitspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung vorsieht. § 145 Strafprozeßordnung. Unser Gesetz geht dabei von der Ansicht aus, daß in der Hauptverhandlung die Haupttätigkeit des Verteidigers zu leisten ist. Deshalb will das Gesetz durch die Bestimmung des § 145 Strafprozeßordnung sorgen, daß in den Fällen, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers für notwendig erklärt ist, dies auch wirklich geschieht, wenigstens in der Hauptverhandlung, während es die Führung der Verteidigung außerhalb der Hauptverhandlung der Gewissenhaftigkeit des Verteidigers überläßt. Daß der Verteidiger seiner Anwesenheitspflicht nach § 145 nachkommt, dafür hat das Gericht zu sorgen. Die Anwesenheit des Verteidigers bildet eine notwendige Förmlichkeit des Verfahrens.

Eine solche Verpflichtung des Verteidigers, in der Hauptverhandlung anwesend zu sein und die Verteidigung zu führen, besteht

a) in den Fällen, in denen die Verteidigung eine notwendige ist. Gleichgültig ist, ob der Verteidiger vom Beschuldigten oder dessen gesetzlichen Vertreter gewählt ist, oder ob er vom Gerichte bestellt ist.

b) in den Fällen, in denen die Verteidigung nach § 141 Strafprozeßordnung vom Gericht oder bei vorhandener Dringlichkeit vom Vorsitzenden auf Antrag oder von amtswegen außer den Fällen der notwendigen Verteidigung bestellt worden ist.

Die Anwesenheitspflicht besteht für die Hauptverhandlung der ersten Instanz und der Berufungsinstanz, nicht dagegen für die der Revisionsinstanz, in der es nach § 350 Strafprozeßordnung dem Angeklagten frei steht, ob er sich durch einen Verteidiger vertreten lassen will oder nicht.

In anderen Fällen dagegen, also bei nicht notwendiger gewählter Verteidigung besteht zwar auch eine Verpflichtung, bei der Hauptverhandlung anwesend zu sein und mitzuwirken, doch steht dem Gericht keine Prüfungs- und Ueberwachungsbefugnis und Verpflichtung darüber zu, ob der Verteidiger dieser seiner Verpflichtung nachkommt. In diesem Falle gelten auch nicht die speziellen Bestimmungen des § 145 Strafprozeßordnung.

Verzicht des Angeklagten auf die Anwesenheit des Verteidigers ist nur insoweit zulässig, als das Gesetz ihm das Recht gibt über die Mitwirkung eines Verteidigers zu bestimmen, also in den Fällen, in denen die Verteidigung nach § 140 Abs. 3 Strafprozeßordnung auf Antrag des Beschuldigten notwendig wird und demgemäß bestellt wird, ferner in den Fällen, in denen die Bestellung auf Antrag des Beschuldigten nach § 141 erfolgt. In den

übrigen Fällen kann der Beschuldigte auf die Anwesenheit und Mitwirkung des Verteidigers in der Hauptverhandlung nicht verzichten. Ein trotzdem geleisteter Verzicht wäre bedeutungslos. Der Grund hierfür liegt in dem öffentlichen Interesse, dem der Verteidiger in der Hauptverhandlung zu dienen hat.

Es ist auch nicht zulässig, daß das Gericht, um den § 145 zu umgehen, die nach § 141 Strafprozeßordnung erfolgte Bestellung gegen den Willen des Angeklagten zurücknimmt.[44]) Dies ergibt sich aus der Fassung des § 145 Strafprozeßordnung, der die Möglichkeiten des Gerichts im Falle der Verletzung der Anwesenheitspflicht durch den Verteidiger erschöpfend aufzählt. Eine Zurücknahme der Bestellung ist jedoch mit Einwilligung des Beschuldigten zulässig.

Zweck der Anwesenheitspflicht ist, daß der Verteidiger durch sie in den Stand gesetzt werden soll, den Gang des Strafverfahrens derart zu verfolgen, um in jedem Augenblick eingreifen zu können, wo er glaubt, im Interesse der Verteidigung des Angeklagten irgend etwas tun zu können.

Verletzt ist diese Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht des Verteidigers, wenn er in der Hauptverhandlung ausbleibt, sich unzeitig entfernt, oder sich weigert die Verteidigung zu führen.

Unzeitiges Entfernen aus der Hauptverhandlung liegt dann vor, wenn der Verteidiger sich vor Schluß derselben vorübergehend oder dauernd aus dem Sitzungszimmer während wichtiger Ereignisse entfernt. Eine ununterbrochene Gegenwart des Verteidigers in der Hauptverhandlung schreibt unsere Strafprozeßordnung, anders als für die zur Urteilsfindung berufenen Personen sowie der Staatsanwaltschaft und des Gerichtsschreibers, für den Verteidiger nicht vor; daraus ist meines Erachtens zu schließen, daß ununterbrochene Gegenwart und „nicht unzeitiges Entfernen" nicht dasselbe sind. Der Nachdruck ist bei letzterem Begriff auf das Wort „unzeitig" zu legen. Der Verteidiger braucht zwar nicht ununterbrochen zugegen zu sein, doch darf er sich nicht unzeitig entfernen. Unzeitig entfernt sich der Verteidiger, wenn er zu einer Zeit vom Sitzungssaale abwesend ist, zu der in der Hauptverhandlung wesentliche Vorgänge rücksichtlich der Verteidigung sich abspielen. Das RG. hat durch eine Reihe von Entscheidungen[45]) in diesem Punkte eine feststehende Praxis ausgebildet. Nach der Rechtsprechung des RG. muß der Verteidiger bei allen für die Verteidigung wesentlichen Vorgängen anwesend sein.[45]) Kein unzeitiges Entfernen liegt demnach vor, wenn der Verteidiger bei einem Vorgang, der für die Verteidigung unwesentlich ist, vorübergehend abwesend ist. Als für die Ver-

[44]) Köhler Ger. S. 53 S. 249.
[45]) RG. in Gold. Arch. 44, 272; RGSt. 38, 216; 44, 18. RG. in JRsch. 1928 No. 2332.

teidigung unwesentliche Vorgänge hat das RG.[46]) z. B. angesehen den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen beim Beginne der Hauptverhandlung, das Verlesen des Eröffnungsbeschlusses oder von anderen Schriftstücken, wenn ihr Inhalt dem Verteidiger bereits anderweitig bekannt ist. Als für die Verteidigung „wesentliche"Vorgänge gelten dagegen nach der Rechtsprechung des RG.: Jede Vernehmung oder Befragung[47]) des Angeklagten, gleichgültig, ob sie sich auf die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten bezieht, oder auf die Sache, gleichgültig ferner, in welchem Abschnitt des Verfahrens die Befragung erfolgt; ferner die Urteilsverkündung,[48]) denn bis zum Beginne der Urteilsverkündung dürfen von allen Prozeßbeteiligten neue Beweisanträge gestellt werden, auch kann die Verhandlung bis dahin wieder von amtswegen eröffnet werden; ferner der Vortrag des Berichterstatters und die Vernehmung der Zeugen. Als wesentlicher Vorgang, bei dem der Verteidiger anwesend sein muß, gilt es auch, wenn das Gericht am Schluß der Hauptverhandlung im Termin zur Urteilsverkündung erneut die Verhandlung eröffnet, um den Angeklagten auf einen veränderten rechtlichen Gesichtspunkt gemäß § 265 StPO. hinzuweisen. RG. in Gold. Arch. 44 S. 272.

Ist im Falle eines für die Verteidigung wesentlichen Vorganges der Verteidiger von der Hauptverhandlung abwesend gewesen, so ist dieser Teil des Verfahrens anfechtbar. § 338 Ziff. 5 StPO. Die Anfechtbarkeit kann, wie oben ausgeführt, nicht durch Verzicht des Angeklagten, auch nicht durch Verzicht des Verteidigers geheilt werden. Die Anfechtbarkeit kann auch nicht dadurch geheilt werden, daß sich der Verteidiger später wieder einfindet und ihm der Vorsitzende das in der Zwischenzeit Vorgebrachte und Geschehene mitteilt; selbst wenn diese Mitteilung objektiv ist und von allen Beteiligten als richtig anerkannt wird, kann dieser Verstoß nicht geheilt werden, da die Strafprozeßordnung die Urteilsfällung nur auf Grund mündlicher Verhandlung zuläßt und bei dieser mündlichen Verhandlung auch der Verteidiger mitzuwirken hat.[49]) Nach der Rechtsprechung des RG.[49]) kann jedoch der Mangel dadurch geheilt werden, daß der mangelhafte Teil des Verfahrens nochmals in Gegenwart des Verteidigers verhandelt wird; es braucht dabei selbstverständlich nicht die ganze bisherige Verhandlung wiederholt werden, sondern nur der Teil der Verhandlung, der für die Verteidigung wesentlich war und bei dem der Verteidiger abwesend war.

Das Gleiche, wie für den Fall der unzeitigen Entfernung des Verteidigers, gilt auch für den Fall, daß der Verteidiger in der

[46]) RGSt. 44, 18.
[47]) RGSt. 38, 216.
[48]) RGSt. 57, 264.
[49]) RGSt 38, 216.

Hauptverhandlung ausbleibt oder zu spät kommt. Hier darf die Verhandlung bei Vermeidung der Anfechtbarkeit nicht beginnen, ohne daß ein anderer Verteidiger erschienen ist. Der Mangel kann auch hier durch Wiederholung des anfechtbaren Teiles geheilt werden. Im Falle des Ausbleibens des Verteidigers gilt dies aber nur, wenn der Verteidiger ordnungsgemäß geladen war. War der Verteidiger nicht ordnungsgemäß geladen, so liegt kein Fall des Ausbleibens im Sinne des § 145 Strafprozeßordnung vor;[50]) es darf also in diesem Falle nicht verhandelt werden, auch nicht, wenn sofort ein anderer Verteidiger bestellt werden könnte.

Verletzt ist die Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht des Verteidigers auch dann, wenn er zwar in der Hauptverhandlung anwesend ist, sich aber weigert, die Verteidigung zu führen. Als Weigerung ist es nicht anzusehen, wenn der Verteidiger die Verteidigung nachlässig führt und sich keine Mühe gibt, sondern wenn er durch seine Worte oder durch sein Verhalten erkennen läßt, daß er zugunsten des Angeklagten nicht tätig werden will. Ob eine Erklärung des Verteidigers, „er habe nichts anzuführen", als eine Weigerung aufzufassen ist, ist nach den Umständen des Falles zu ermessen. Eine solche Erklärung kann unter Umständen eine ganz gute Verteidigung sein.

Im Falle der Verletzung der Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht durch den Verteidiger hat der Angeklagte kein Recht, wenigstens kein unbedingtes Recht, von sich aus eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen; anders im Falle, in dem der Verteidiger nicht ordnungsgemäß geladen war. Hier kann er Aussetzung der Verhandlung verlangen. Für den ersteren Fall jedoch schreibt das Gesetz vor, daß

a) entweder der Vorsitzende sogleich einen anderen Verteidiger bestellt. Der Angeklagte kann sich gegen diese Verfügung des Vorsitzenden nicht wehren, etwa dadurch, daß er Aussetzung der Verhandlung verlangt. Er kann auch den so bestellten Verteidiger nicht ablehnen. Der neu bestellte Verteidiger braucht im vorhergehenden Teile der Hauptverhandlung nicht anwesend zu sein, es genügt vielmehr, daß der Vorsitzende ihm von dem bisherigen Verlauf der Verhandlung Mitteilung macht. (RGSt. 33, 330) oder

b) das Gericht aber auch eine Aussetzung der Verhandlung beschließen kann. Will also der Vorsitzende die Verhandlung weiterführen und dem Angeklagten sofort einen anderen Verteidiger bestellen, so kann gegenüber Vorstellungen des Angeklagten das Gericht im-

[50]) RGSt. 53, 265.

mer noch die Verhandlung aussetzen und dem Angeklagten Gelegenheit geben, sich von seinem ursprünglichen Verteidiger verteidigen zu lassen.

Im Falle der Neubestellung eines anderen Verteidigers muß das Gericht die Verhandlung aussetzen oder zum mindesten auf kürzere Zeit unterbrechen, wenn der neubestellte Verteidiger erklärt, daß ihm die zur Vorbereitung der Verteidigung erforderliche Zeit nicht verbleiben würde. Die Aussetzung muß auch dann erfolgen, wenn das Gericht die Ansicht des Verteidigers über die zur Vorbereitung der Verteidigung erforderliche Zeit nicht teilt, ja selbst dann, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß der neubestellte Verteidiger aus einem anderen Grunde als wegen Mangel der Vorbereitungszeit Aussetzung der Verhandlung verlangt.

Ein Recht auf Aussetzung bezw. Unterbrechung der Hauptverhandlung hat nur der an Stelle des ausgebliebenen oder sich weigernden ursprünglichen Verteidigers neu b e s t e l l t e Verteidiger und nicht der neu g e w ä h l t e Verteidiger. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 145 Abs. *2* der Strafprozeßordnung, wo nur von dem bestellten Verteidiger die Rede ist. Wollte man das Recht aus § 145 Abs. *2* Strafprozeßordnung auch einem neugewählten Verteidiger einräumen, so könnte dies zu Mißbräuchen führen, denn der Angeklagte könnte mit seinem ursprünglichen Verteidiger vereinbaren, daß dieser in der Hauptverhandlung ausbleiben solle und mit einem anderen Verteidiger könnte er vereinbaren, daß dieser eine Wahl annehmen solle und dann den Antrag aus § 145 Abs. *2* stellen solle. Dies Spiel könnte öfter wiederholt werden und so die Verhandlung immer wieder verhindert werden.

Es ist noch die Frage zu untersuchen, wie es bei der Verteidigung eines Angeklagten durch mehrere Verteidiger mit der Anwendung des § 145 Strafprozeßordnung steht. Bleibt hier ein Verteidiger in der Hauptverhandlung aus, oder entfernt er sich unzeitig, oder weigert er sich die Verteidigung zu führen, so braucht in diesem Falle für den ausgebliebenen oder sich weigernden Verteidiger kein anderer bestellt zu werden, auch braucht dieVerhandlung nicht unterbrochen oder ausgesetzt zu werden. Es genügt, wenn nur ein Verteidiger erscheint und die Verteidigung führt, der fähig ist eine notwendige, bezw. bestellte Verteidigung zu führen. Gleichwohl macht sich der ausgebliebene oder sich weigernde Verteidiger einer Verletzung seiner Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht schuldig.

Wird in dem Falle der Verletzung der Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht des Verteidigers durch die Schuld desselben eine Aussetzung der Hauptverhandlung erforderlich, so hat das für diesen auch persönliche Folgen.

a) Er kann dienstlich zur Verantwortung gezogen werden. Diese Verantwortung kann selbstverständlich nur solche Verteidi-

ger treffen, die unter Disziplinargewalt stehen. Sie richtet sich bei Justizbeamten und Referendaren nach ihren Dienstvorschriften, bei Rechtsanwälten nach § 62 ff. RAO. Daneben können

b) dem Verteidiger die durch die stattgehabte Aussetzung verursachten Kosten auferlegt werden. Diese Kostenauferlegung geschieht durch Beschluß, welcher jedoch bei nachträglicher Entschuldigung wieder aufgehoben werden kann, § 306 Abs. 2 Strafprozeßordnung. Gegen den Beschluß ist das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig, § 304 Strafprozeßordnung.

4. Kapitel.

§ 14. Kosten der notwendigen Verteidigung.

Die Regelung der Kostenfrage bei der notwendigen Verteidigung ist in unserer Strafprozeßordnung überaus mangelhaft erfolgt. Unsere Strafprozeßordnung bestimmt in § 150, daß dem zum Verteidiger bestellten Rechtsanwalt die Gebühren (worin auch die Auslagen des Rechtsanwaltes eingeschlossen sind) für die geführte Verteidigung nach Maßgabe der Gebührenordnung aus der Staatskasse zu ersetzen sind. Danach hat nur ein Rechtsanwalt Anspruch auf Gebühren; dieser aber auch nur dann, wenn er vom Gerichte zum Verteidiger bestellt worden ist. Gleichgültig ist, ob die Bestellung erfolgt ist, weil die Verteidigung eine notwendige war, oder weil sie das Gericht nach § 141 Strafprozeßordnung für angemessen gehalten hat. Nicht dagegen hat Anspruch auf die Gebühren gegenüber der Staatskasse der vom Beschuldigten gewählte Verteidiger, auch wenn er die Verteidigung in einem Falle der notwendigen geführt hat. Dem Verteidiger haftet in diesem Falle allein der Beschuldigte. Der Verteidiger hat auch dann keinen Anspruch gegenüber dem Staate, wenn er vom Beschuldigten wegen dessen Mittellosigkeit keine Bezahlung erlangen kann. Der Verteidiger wird in diesem Falle also gezwungen sein, seine Dienste umsonst dem Beschuldigten zur Verfügung zu stellen. Dies bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Härte gegenüber dem gewählten, insbesondere gewählten notwendigen Verteidiger, die nur dadurch etwas umgangen werden kann, daß sich der Verteidiger von einem mittellosen Beschuldigten nie wählen lassen wird, sondern es dem Beschuldigten überlassen wird, das Gericht um seine Bestellung zu ersuchen. Da aber das Gericht an ein solches Ersuchen des Beschuldigten, wie oben dargelegt, nicht gebunden ist, so hat im Grunde genommen, der mittellose Beschuldigte nicht das Recht auf einen Mann seines Vertrauens. In dieser Kostenregelung liegt also zugleich eine nicht zu billigende Härte gegenüber mittellosen Beschuldigten. Zweckmäßig wäre deshalb eine Ausdehnung der Bestimmung des

§ 150 dahin, daß auch der notwendige gewählte Verteidiger einen Anspruch auf Gebührenersatz aus der Staatskasse hätte, falls der Beschuldigte zur Bezahlung der Gebühren außerstande wäre. Dadurch würde zugleich eine Art Armenrecht des Strafprozesses, ähnlich dem des Zivilprozesses, geschaffen werden.

Hat der Staat nach Maßgabe des § 150 Abs. 1 Strafprozeßordnung Gebühren bezahlt, so hat er gegenüber dem in die Kosten verurteilten Angeklagten ein Rückgriffsrecht, § 150, Abs. 2 Strafprozeßordnung.

III. Abschnitt.

Die Weiterentwicklung der notwendigen Verteidigung in den Entwürfen zur Strafprozeßordnung.

§ 15. Bestrebungen und Ziele im allgemeinen.

Die Tendenz der Reform der Strafprozeßordnung ist unverkennbar auf Stärkung der rechtlichen Stellung des Beschuldigten überhaupt, insbesondere in dem der Hauptverhandlung vorausgehenden Stadium des Verfahrens gerichtet. Als wesentliches Mittel zur Erreichung dieses Zweckes wird in den Reformbestrebungen der weitere Ausbau der Verteidigung in unserem Strafverfahren empfohlen. Drei Hauptforderungen werden dabei geltend gemacht,[1]) nämlich:

a) die Fälle, in denen die Verteidigung eine notwendige ist und in denen dem Beschuldigten ein Verteidiger bestellt werden muß, bedürfen einer angemessenen Erweiterung,

b) die Bestellung eines Verteidigers hat in allen Sachen in einem früheren Zeitpunkt als bisher zu erfolgen,

c) die Rechte des Verteidigers selbst bedürfen einer angemessenen Erweiterung und sind nur mehr mit den Schranken zu versehen, die unbedingt erforderlich sind um eine erfolgreiche Untersuchung zu erzielen.

Durch die Forderung unter a) soll vor allem die Verschiedenheit, in der Möglichkeit sich eines Verteidigers zu bedienen, die für die einzelnen Beschuldigten durch die Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse bedingt ist, wenigstens in etwas ausgeglichen werden. Die Wohltaten des Gesetzes sollen nicht nur dem wohlhabenden und besitzenden Teil des Volkes teilhaftig werden, sondern auch den ärmeren und mittellosen Bevölkerungsschichten, wenigstens in schweren Fällen, zustatten kommen. Die Forderung unter a) hängt übrigens eng mit den beiden anderen Forderungen unter b) und c) zusammen. Je sicherer nämlich durch

[1]) Vergleiche: Dohna S. 68.

die Erweiterung der Rechte des Verteidigers die Garantien sind, die in der Beiordnung eines Verteidigers liegen, desto ungerechter erscheint die Benachteiligung desjenigen, der derselben nicht teilhaftig wird.

Die zweite Forderung unter b) geht von dem Gedanken aus, daß der gewählte Verteidiger schon eine große, ja manchmal die Hauptarbeit im Vorverfahren leisten kann, deshalb wird in einigermaßen die Gleichstellung des Beschuldigten, dem ein Verteidiger bestellt wird, mit dem Beschuldigten, der sich einen solchen wählen kann, verlangt.

Durch die dritte Forderung unter c) sollen gewisse von der Anwaltschaft mißliebig empfundene, dem Ehrgefühl eines Verteidigers nicht gerecht werdende Beschränkungen fallen, die von früher in unsere Strafprozeßordnung übernommen worden sind, und die aus dem alten odium defensorum entsprungen sind.

§ 16. Der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung von 1894.

Am 6. Dezember 1894 legte der Reichskanzler dem Reichstag einen Entwurf [2]) eines Gesetzes betr. Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung vor. Diese Reichstagsvorlage von 1894 brachte gegenüber dem bis dahin geltenden Recht bezüglich der Verteidigung keine wesentliche Aenderung. Die Vorlage wollte gegen die Urteile der Strafkammern Berufung einführen und die Verteidigung auch für die Berufungsverhandlung für notwendig erklären. Demgemäß wurde dem § 140 Strafprozeßordnung (alte Fassung) ein neuer Absatz 4 hinzugefügt, welcher folgende Fassung hatte: „Für das Verfahren in der Berufungsinstanz ist in den Fällen des Abs. 2 Nr. 1 dem Angeklagten, welcher ohne gewählten Verteidiger ist, ein solcher gleichzeitig mit der Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung zu bestellen. In den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 ist der Antrag auf Bestellung eines Verteidigers, sofern er nicht schon in der ersten Instanz gestellt war, spätestens binnen einer Frist von 3 Tagen nach der Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung zu stellen."

Die Vorlage würde demnach die Nachholung eines in erster Instanz versäumten Antrags auf Verteidigerbestellung in der Berufungsinstanz zulassen und demgemäß die Verteidigung auch in der Berufungsinstanz auf einen nachträglich gestellten Antrag notwendig machen. Für das geltende Recht ist die Zulässigkeit der Nachholung des Antrages in der Berufungsinstanz, wie oben S. 55 ausgeführt wurde, bestritten, doch bei Berücksichtigung der Tendenz der Reformbestrebungen, wird daran festzuhalten

[2]) Abgedruckt in Reichstagsverhandlungen IX, 3, Anl. Bd. 1 No. 15.

sein, daß es der Wille des Gesetzgebers bei der Novelle von 1924 war, daß der Antrag noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden könne und demgemäß ist auch für das geltende Recht in der Tendenz der Reformbestrebungen ein weiterer Beweis für die Zulässigkeit der Nachholung des Antrags in der Berufungsinstanz zu sehen.

Die Vorlage wurde nicht Gesetz.

In der Wahlperiode von 1895 bis 1897 wurde vom Reichskanzler unterm 13. XII. 1895 erneut ein Gesetzentwurf betreffend Aenderung des Gerichtsverfassungsgestzes und der Strafprozeßordnung vorgelegt. Diese Vorlage stimmt mit der Vorlage von 1894 ziemlich überein. Bezüglich der notwendigen Verteidigung ist nur die Aenderung vorgesehen, daß nach § 140 Abs. 2 Nr. 1 die Verteidigung auch dann noch notwendig sein solle, wenn der Angeschuldigte nicht wie bisher das 16., sondern das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. In der Begründung der Vorlage ist ausgeführt, daß diese Aenderung sich dadurch rechtfertige, daß die volle Strafmündigkeit nach § 56 StGB.[3]) erst mit dem vollendeten 18. Lebensjahr eintrete, daß aber einem noch nicht voll strafmündigen Angeklagten der Anspruch auf einen Beistand vor Gericht in erheblicheren Sachen nicht wohl versagt werden könne.

Auch die Bestimmungen dieser Reichstagsvorlage wurden damals nicht Gesetz.

Beide Entwürfe, sowohl der von 1894 als auch der von 1895, brachten hinsichtlich der notwendigen Verteidigung eine weitere Veränderung, nämlich in der Bestimmung über den Zeitpunkt der Bestellung. Beide Entwürfe wollten das sog. Zwischenverfahren nach § 199 Strafprozeßordnung (alte Fassung) wegfallen lassen und bestimmten demgemäß in § 140 Abs. 3 Strafprozeßordnung, daß in den Fällen, in denen die Verteidigung nach § 140 Abs. 1 u. Abs. 2 notwendig sei, ein Verteidiger zu bestellen sei, sobald die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden sei; in den Fällen der auf Antrag hin notwendigen Verteidigung sei dieser Antrag binnen einer Frist von 3 Tagen nach der Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses zu stellen.

Die Reichstagskommission, der der Gesetzentwurf von 1895 zur Vorberatung überwiesen wurde, sprach sich jedoch für die Wiederherstellung des sog. Zwischenverfahrens aus und schlug demgemäß hinsichtlich des Zeitpunktes der Verteidigerbestellung vor, daß die ursprüngliche gesetzliche Regelung wieder Platz greifen solle. Als Abs. 5 des § 140 empfahl die Kommission eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, wonach in den Fällen der auf Antrag hin notwendigen Verteidigung der Angeklagte auf

[3]) Dies gilt natürlich nur für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Jugendgerichtsgesetzes, also vor dem 1. Juli 1923.

sein Recht, die Bestellung eines Verteidigers zu verlangen, ausdrücklich in erster und in der Berufungsinstanz hinzuweisen sei.

Die Regelung in den Entwürfen von 1894 und 1895 hätte also im Falle, daß sie Gesetz geworden wäre, fast nichts von den Hauptzielen der Reformbestrebungen erreicht. Abgesehen von der Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf jugendliche Verbrecher bis zu 18 Jahren wäre vielmehr eine rückläufige Bewegung zu verzeichnen gewesen, dadurch, daß der Zeitpunkt der Bestellung in ihnen noch auf einen späteren Termin verlegt worden wäre.

Die Ansichten und Ziele der Reformbestrebungen gingen damals in fast allen umstrittenen Punkten der Strafprozeßordnung vor allem aber in der Frage der Einführung und der näheren Ausgestaltung der Berufung gegen Urteile der Strafkammern zu weit auseinander, sodaß das Reformwerk damals scheitern mußte. Nach dem Scheitern dieser Vorlagen faßte man eine allgemeine Neuordnung des Strafprozesses ins Auge.

§ 17. Die Vorschläge der Kommission [4]) für die Reform des Strafprozesses von 1905.

Zur Vorbereitung der Neuordnung der Strafprozeßordnung berief die damalige Reichsregierung eine Kommission von Sachverständigen, bestehend aus Universitätsprofessoren, Richtern, Staatsanwälten, Rechtsanwälten und Reichstagsabgeordneten zusammen, der die Aufgabe gesetzt wurde die wichtigsten umstrittensten Fragen vorher durchzuberaten und konkrete Vorschläge zur Neuordnung der Strafprozeßordnung zu machen. Diese Kommission beriet den ganzen Stoff in zwei Lesungen durch. Ihre Vorschläge an die gesetzgeberischen Faktoren, wie sie in zweiter Lesung formuliert wurden, sind bezüglich der notwendigen Verteidigung folgende:[5])

1. Die Verteidigung ist notwendig in den Sachen, welche vor dem RG. in erster Instanz, vor dem großen Schöffengericht [6]) in erster Instanz und vor dem Schöffengericht, daß über die gegen Urteile des großen Schöffengerichts eingelegte Berufung entscheidet (großes Schöffenberufungsgericht), zu verhandeln sind. (Protokolle der Reformkommission, 2. Bd., S. 158).

Materielle Aenderungen bezüglich der Fälle der notwendigen Verteidigung gegenüber dem damals geltenden Rechte würden bei der Ausführung dieser Kommissionsbeschlüsse im wesentlichen nicht eingetreten sein, da die großen Schöffengerichte nur

[4]) Abgekürzt: Reformkommission.
[5]) Protokolle Bd. 2 S. 453 und 455.
[6]) An Stelle der alten Schwurgerichte mit dem ihnen eigentümlichen Verfahren sollten große Schöffengerichte mit drei richterl. Mitgliedern und 6 Schöffen treten. Gegen die Urteile dieser großen Schöffengerichte sollte Berufung an die großen Schöffenberufungsgerichte mit 3 richterl. Mitgliedern und 8 Schöffen gegeben sein.

die alten Schwurgerichte ersetzen sollten. Eine kleine Erweiterung der notwendigen Verteidigung wäre nur die Ausdehnung derselben auf die neu eingeführte Berufungsinstanz vor den großen Schöffenberufungsgerichten gewesen. Als Begründung der Beibehaltung der notwendigen Verteidigung in den Sachen vor dem großen Schöffengerichte wurde angeführt, daß zwar die besonderen Schwierigkeiten, die das schwurgerichtliche Verfahren zur Zeit für den Angeklagten mit sich bringe, künftig in Wegfall kommen würden, daß man aber den Angeklagten bei den schwersten Verbrechen nicht ohne Verteidiger lassen könne.

2. „In Sachen, welche vor dem mittleren Schöffengericht [7]) in erster Instanz oder vor dem großen Schöffengericht in der Berufungsinstanz zu verhandeln sind, ist die Verteidigung notwendig, wenn der Angeklagte taub oder stumm ist, oder zu der Zeit, wo die Bestellung der Verteidigung zu erfolgen hat, das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat." (Protokolle 2. Bd. S. 159).

Auch dieser Beschluß brachte im wesentlichen gegenüber dem damals geltenden Recht keine allzu großen Neuerungen. Eine Neuschöpfung bedeutete es nur, daß auch bei der nun zulässigen Berufung gegen Urteile der mittleren Schöffengerichte die Verteidigung notwendig sein sollte. Eine kleine Verschlechterung hinsichtlich der notwendigen Verteidigung würde jedoch die von der Kommission vorgeschlagene Regelung insofern bedeutet haben, als manche Strafkammersachen dem mittleren Schöffengericht entzogen und an die kleinen Schöffengerichte verwiesen worden wären, bei denen die Verteidigung, auch in der Berufungsinstanz vor den mittleren Schöffengerichten nicht notwendig sein sollte.

Bezüglich der Verteidigung Jugendlicher setzte die Kommission das jugendliche Alter, bei dem in Sachen vor dem mittleren Schöffengericht, also den alten Strafkammersachen die Verteidigung notwendig sein sollte, statt wie bisher auf 16, nunmehr auf 18 Jahre fest und folgte darin dem Entwurf von 1895. Als Begründung für diese Aenderung war in erster Lesung von der Kommission ausgeführt worden, daß die Notwendigkeit der Verteidigung von Jugendlichen bis zum Beginne der vollen Strafmündigkeit ausgedehnt werden müsse, denn wenn Personen unter 18 Jahren nicht immer die zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer Handlung erforderliche Einsicht besäßen, so müsse auch damit gerechnet werden, daß ihnen die genügende Einsicht abgehe, um den Gang des Verfahrens und die Bedeutung der einzelnen Prozeßhandlungen soweit zu verstehen, daß sie in erheblicheren Sachen den Beistand eines Verteidigers entbehren könnten. Dies

[7]) Die mittl. Schöffengerichte mit 3 Richtern und 4 Schöffen sollten an die Stelle der Strafkammern des Landgerichts treten und im wesentlichen diejenigen Delikte aburteilen, die vorher zur Zuständigkeit der Strafkammern gehört hatten. Gegen ihre Urteile sollte Berufung gegeben sein an die großen Schöffengerichte.

treffe vor allem für Jugendliche der ländlichen Bevölkerung zu. Auch könnten die Jugendlichen selbst nicht wohl den Einwand der mangelnden geistigen Reife erheben und der Eindruck, den sie in der Hauptverhandlung vor den Richtern machen, sei oft trügerisch. Daher sei unbedingt ein Verteidiger beizuziehen.[8])

Als maßgebenden Zeitpunkt für die Berechnung des Alters der Jugendlichkeit sah die Kommission den an, an dem die Bestellung zu erfolgen habe, so in zweiter Lesung[9]) im Gegensatz zur ersten Lesung, in der man den Zeitpunkt der begangenen Tat entscheiden lassen wollte. (Protokolle Bd. 1, S. 122).

Die in der Kommission angeregte Frage, ob die Verteidigung bei den Sachen, die vor dem mittleren Schöffengericht zu verhandeln seien, früher vor den Strafkammern, mit Ausnahme der Tauben, Stummen und Jugendlichen auch dann notwendig sein sollte, wenn der vorgeschriebene Antrag vom Beschuldigten oder dessen gesetzlichen Vertreter nicht gestellt worden sei, wurde in erster und zweiter Lesung verneint mit der Begründung, daß die weitaus größte Mehrzahl dieser Fälle einfach sei und bei einer unbedingt notwendigen Verteidigung auch die Anwaltschaft und die Staatskasse ungebührlich belastet würde. (Protokolle Bd. 1, S. 124; Bd. 2, S. 160).

Bezüglich des Zeitpunktes[10]), in welchem die Verteidigung notwendig werden sollte, und daher ein Verteidiger zu bestellen sei, wurde von der Kommission in zweiter Lesung vorgeschlagen, daß - mit Ausnahme der auf Antrag hin notwendigen Verteidigung - dem Angeschuldigten, welcher einen Verteidiger noch nicht gewählt habe, ein solcher von amtswegen zu bestellen sei, sobald die Voruntersuchung eröffnet worden, oder falls eine solche nicht stattfinde, die in § 199 Strafprozeßordnung (alte Fassung) vorgeschriebene Aufforderung erfolgt sei. Für die Fälle der auf Antrag hin notwendigen Verteidigung wurde vorgeschlagen, daß dieser Antrag binnen einer Frist von 3 Tagen nach der im § 199 Strafprozeßordnung (a. F.) vorgeschriebenen Aufforderung zu stellen sei; daß aber dieser Antrag, falls eine Voruntersuchung stattfinde, auch schon während der Voruntersuchung gestellt werden könne; ferner wurde vorgeschlagen, daß zugleich mit der in § 199 vorgeschriebenen Aufforderung der Beschuldigte darauf hinzuweisen sei, daß ihm das Recht zustehe, die Bestellung eines Verteidigers zu verlangen.

Als Begründung war ausgeführt worden,[11]) daß der Verteidiger, wenn er erst kurz vor der Hauptverhandlung bestellt werde, in der Regel nicht mehr in der Lage sei, die notwendigen Entlastungsbeweise rechtzeitig zu sammeln, somit seiner wichtigsten Aufgabe gerecht zu werden. Die vom Verteidiger in der Haupt-

[8]) Protokolle Bd. 1 S. 123.
[9]) Protokolle Bd. 2 S. 160.
[10]) Vergleiche Protokolle Bd. 2 S. 160.
[11]) Vergleiche Protokolle Bd. 1 S. 124.

verhandlung gestellten Beweisanträge hätten aber häufig eine unerwünschte Verzögerung des Verfahrens zur Folge. Von der Möglichkeit nach geltendem Recht den Verteidiger schon im Vorverfahren zu bestellen, werde so wenig Gebrauch gemacht, daß sich eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift empfehle, dahin, daß wenn eine Voruntersuchung eintrete, der Verteidiger alsbald nach deren Eröffnung zu bestellen sei. Für die Fälle dagegen, wo keine Voruntersuchung stattfinde, könne es bei der Bestimmung des geltenden Rechts sein Bewenden haben.

Eine Voruntersuchung hätte nach dem bestehenden Gesetz und den Vorschlägen der Reformkommission [12]) zu erfolgen gehabt in den Reichsgerichts- und großen Schöffengerichtssachen, ferner auch bei den zur Zuständigkeit der mittleren und kleinen Schöffengerichten gehörenden Verbrechens- und Vergehensfällen, bei letzteren, sobald der Beschuldigte in Haft genommen würde, mit Ausnahme der Fälle, in denen er geständig wäre, oder das ihm zur Last gelegte Vergehen nur mit Geldstrafe bedroht wäre. Da in diesen Fällen durchwegs die Verteidigerstellung im Zeitpunkt unmittelbar nach der Eröffnung der Voruntersuchung vorzunehmen gewesen wäre, so würden diese Vorschläge eine erhebliche Verbesserung des geltenden Rechts bedeutet haben.

Bei den Fällen der auf Antrag notwendigen Verteidigung könnte nach den Vorschlägen der Kommission dieser Antrag ebenfalls schon in der Voruntersuchung gestellt werden und demgemäß schon in dieser die Bestellung verlangt werden. Doch würde dies selten praktisch vorgekommen sein, da die meisten Delinquenten infolge Unkenntnis ihres Antragsrechts einen solchen Antrag nicht gestellt hätten und eine Belehrung darüber nach dem Willen der Kommission erst nach dem Schluß der Voruntersuchung bei der nach § 199 Strafprozeßordnung (a. F.) vorgeschriebenen Aufforderung stattfinden sollte. Dies ist eine Inkonsequenz der Kommissionsbeschlüsse, da die gleichen Gründe für eine frühzeitige Bestellung, wie bei der ohne Antrag notwendigen Verteidigung auch bei der auf Antrag notwendigen Verteidigung, gelten. Diese Bestimmung enthält ferner nur eine Begünstigung derjenigen Verbrecherelemente, die schon öfter mit dem Gericht zu tun gehabt haben, und deshalb über ihre Rechte mehr Bescheid wissen. Die Gründe, die von der Kommission gegen die Belehrung über das Antragsrecht in der Voruntersuchung angeführt wurden, nämlich das sonst über das vorhandene Bedürfnis hinaus Anträge gestellt würden und dadurch die Anwaltschaft zu stark belastet würde, sind nicht stichhaltig, da ja doch eine Belehrungspflicht des Gerichts, wenn auch erst später, vorgeschrieben werden sollte, und anzunehmen ist, daß in letzterem Falle nicht weniger Personen die Bestellung eines Verteidigers beantragen werden, als wenn die Belehrung schon in der

[12]) Protokolle Bd. 2 S. 469.

Voruntersuchung vorgeschrieben würde. Auch spricht gegen die Begründung der Kommission der Umstand, daß ja gerade darin der Hauptzweck der Verteidigung liegt, von dem Beschuldigten rechtlich unbegründete Maßregeln wie den Eröffnungsbeschluß abzuwenden, und es gewiss als ein Plus zu verzeichnen wäre, wenn eine nicht erforderliche Hauptverhandlung durch die Tätigkeit des Verteidigers im Vorverfahren vermieden werden könnte.

Die Vorschläge der Reformkommission bedeuten also nur im zweiten Hauptpunkt der Reformbestrebungen (früherer Zeitpunkt der Bestellung) einen Fortschritt gegenüber dem damals geltenden Recht. Im ersteren Hauptpunkt (Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung) hat die Kommission keine nennenswerten Anregungen gegeben.

§ 18. Die Regelung im Entwurf zur Strafprozeßordnung von 1908.

Nach Beendigung der Beratungen der Reformkommission fertigte das Reichsjustizamt 1908 einen Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz an, wobei sie auf die Vorschläge der Reformkommission nur wenig Rücksicht nahm. Dieser Entwurf wurde, nachdem er die Zustimmung des Bundesrates erhalten hatte, dem Reichstag am 26. III. 1909 vorgelegt.

Ueber die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs von 1908 (Entwurf I) bezüglich der notwendigen Verteidigung ist folgendes auszuführen:

I. Vorbemerkung: Den Ausdruck „notwendige Verteidigung" kennt der Entwurf von 1908 nicht. Der Grund, weshalb dieser den Ausdruck nicht mehr beibehalten hat, ist nicht ersichtlich. Doch spricht er auch von Fällen, in denen die Verteidigung unbedingt bestellt werden muß bezw. zu bestellen ist und von solchen Fällen, in denen sie auf Antrag zu bestellen ist; bei diesen Fällen ist also die Mitwirkung eines Verteidigers eine wesentliche Förmlichkeit des Strafverfahrens. Nach unserer Begriffsbestimmung der notwendigen Verteidigung sind dies alle Fälle derselben.

II. Fälle der notwendigen Verteidigung: Der Entwurf unterscheidet, wie unter I ausgeführt, zwischen Fällen, in denen ein Verteidiger bestellt werden m u ß, und solchen, in denen ein Verteidiger zu bestellen i s t. Daneben kennt er auch noch Fälle, in denen ein Verteidiger bestellt werden s o l l. Letztere Fälle gehören nach der angegebenen Definition nicht zu den Fällen der notwendigen Verteidigung, aber wegen ihres Zusammenhanges mit denselben, sollen sie hier gleichfalls besprochen werden. Die erste Unterscheidung zwischen Fällen, in denen ein Verteidiger bestellt werden m u ß und solchen, in denen einer zu bestellen i s t, ist nur eine solche des Wortlautes und vom Entwurf ganz willkürlich ohne Grund angewandt; es soll dadurch nicht etwa ein

geringerer Grad der Notwendigkeit etwa bei den zweiten Fällen festgesetzt werden, etwa dahin, daß bei ihnen die Mitwirkung eines Verteidigers nicht zu den unheilbaren Förmlichkeiten des Verfahrens gehören würde.

a) Zu den Fällen, in denen ein Verteidiger bestellt werden muß, gehören nach § 139 Abs. 1 E. I, die Sachen, die in erster Instanz vor dem RG. und dem Schwurgericht [13]) zu verhandeln sind. Da sich die Zuständigkeit dieser beiden Gerichte in erster Instanz nicht geändert hat, so ist auch bezüglich der notwendigen Verteidigung gegenüber dem bis dahin geltenden Recht keine Aenderung zu verzeichnen.

b) Zu den Fällen, in denen ein Verteidiger zu bestellen ist, also ebenfalls Fällen der notwendigen Verteidigung, gehören nach dem E. die Sachen, die in erster Instanz vor dem Landgericht [14]) zu verhandeln sind, wenn der Angeschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Verteidigers beantragt und die den Gegenstand der Untersuchung bildende Tat nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist. Hierin ist der Entwurf dem damals geltenden Rechte gleichgeblieben. Der Entwurf hat sich also auch nicht entschließen können, die Rückfallsverbrechen in die Fälle der notwendigen Verteidigung aufzunehmen. Beibehalten hat der E. auch das Antragserfordernis. Die Reformkommission hat seinerzeit von dem Vorschlag, das Antragserfordernis zu beseitigen, abgesehen, weil für die Notwendigkeit der Verteidigung nur die Schwere der Tat und die Höhe der zu erwartenden Strafe nicht allein maßgebend sei, sondern maßgebend sei die Verwickeltheit der Sache und das Unvermögen des Beschuldigten sich selbst zu verteidigen. Dies treffe aber durchaus nicht bei allen landgerichtlichen Verbrechenssachen zu. Auch würde die Beseitigung des Antragserfordernisses eine allzu große Belastung des Anwaltstandes und der Staatskasse mit sich bringen. Diesem Gedankengang scheint auch der Entwurf gefolgt zu sein, denn er hat die vielen Anregungen der Literatur (s. Heinemann in Aschrott „Reform des Strafprozesses S. 361) bezüglich der Beseitigung des Antragserfordernisses und der Erweiterung der notwendigen Verteidigung auf alle landgerichtlichen Verbrechenssachen unbeachtet gelassen. Auch auf die Aufnahme einer Verpflichtung des Gerichts, den Angeschuldigten über sein Antragsrecht zu belehren, wie dies die Reformkommission vorgeschlagen hatte, hat der Entwurf verzichtet. Weshalb dies geschehen ist, ist nicht ersichtlich; unleugbar ist aber, daß dadurch, falls nicht das Gericht von sich aus den Angeschuldigten über sein Antragsrecht belehrt, nur eine Bevorzugung der rückfälligen Verbrecherelemente erreicht wird.

[13]) Der Entwurf behält die Schwurgerichte bei.

[14]) Im E. 1908 sind die Strafkammern der Landgerichte an Stelle der von der Reformkommission vorgeschlagenen mittleren Schöffengerichte beibehalten.

c) Dagegen soll nach dem E. die Verteidigung nicht mehr notwendig sein in Sachen, die vor dem Landgericht in erster Instanz verhandelt werden, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist. Der Entwurf streicht also die tauben und stummen Angeschuldigten aus dem Kreise der in Landgerichtssachen notwendig zu verteidigenden Personen und stellt die Taubheit und Stummheit unter die Fälle, in denen eine Verteidigerbestellung zwar nicht erfolgen muß, aber erfolgen soll. Der Entwurf bestimmt demgemäß in § 140 Abs. 2, daß die Verteidigerbestellung erfolgen soll, wenn der Beschuldigte infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen, insbesondere weil er taub oder stumm ist, nicht befähigt erscheint, sich selbst zu verteidigen. In der Begründung des Entwurfes wird zu diesem Punkte ausgeführt, daß durch diese Regelung eine angemessene Berücksichtigung aller Umstände gesichert werde, die wie hochgradige Schwerhörigkeit, schwere Sprachfehler, Geistesschwäche und dergleichen die Fähigkeit sich zu verteidigen ausschließen oder erheblich beschränken. Taubheit und Stummheit seien nur mehr als besonders in Betracht kommende Fälle hervorgehoben. Damit werde für diese beiden Fälle die absolute Notwendigkeit der Verteidigung, wie sie der bisherige § 140 in Landgerichtssachen vorschrieb, beseitigt. Diese Vorschrift lasse die großen Fortschritte in der Erziehung und Ausbildung Tauber und Stummer außer Betracht und habe auch anderseits dahin geführt, daß in der Praxis die Fürsorge für Taube und Stumme, die einer Verteidigung bedürfen, vielfach auf diejenigen Sachen und Verfahrensabschnitte beschränkt geblieben sei, für welche die unbedingte Notwendigkeit der Verteidigung durch das geltende Recht vorgeschrieben werde.[15])

Daß diese Regelung des Entwurfs einen Rückschritt bedeutet, ist nicht zu leugnen. Wenn der Entwurf glaubt, die Tauben und Stummen nicht besser stellen zu können, als die anderen Gebrechlichen, wie Blinden, Geistesschwachen usw., so hätte das dazu führen müssen, daß er eben auch diese Kategorie von Gebrechlichen in die notwendige Verteidigung einbeziehen hätte müssen, nicht aber, daß er die Rechtswohltat der notwendigen Verteidigung, soweit sie überhaupt schon bestand, wieder zu beseitigen suchte. Unser Strafprozeß ist ein Prozeß der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, Ankläger und Angeklagter bringen dem neutralen Richter ihre Gründe und Anträge vor. Es ist daher nur eine Forderung der Gerechtigkeit, daß, wenn der Angeklagte selbst nicht reden oder hören kann, ein ander für ihn redet oder hört.

d) Zu den Sachen, in denen ein Verteidiger auch ohne Antrag zu bestellen ist, gehören nach dem Entwurf die Sachen, die in erster Instanz vor den Landgerichten zu verhandeln sind, wenn ein Jugendlicher Beschuldigter ist. (§ 369 E. I.) Neu im

[15]) Entwurf I S. 249.

Entwurf gegenüber dem damals geltenden Gesetz ist, daß dieser im Einklang mit den Vorschlägen der Reformkommission als jugendliche Personen bezeichnet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, § 364. In diesem Punkte hat also der Entwurf eine Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung gebracht und damit die Beseitigung einer Unstimmigkeit des damaligen Rechtes, wonach Personen von 16 bis 18 Jahren auch bei den schwersten Verbrechen, da diese immer vor dem Landgericht abgeurteilt wurden, ohne notwendigen Verteidiger waren, während die über 18 Jahre alten Personen in den gleichen Sachen, da diese vor dem Schwurgericht verhandelt wurden, einen Verteidiger bekommen mußten. Der Entwurf folgte durch diese Heraufsetzung der Altersgrenze der Jugendlichkeit zahlreichen Anregungen der Literatur. (Vgl. darüber Rosenberg bei Aschrott „Reform des Strafprozesses" S. 311.) Bezüglich des Zeitpunktes der für die Feststellung des Lebensalters eines Jugendlichen maßgebend sein sollte, hat der Entwurf keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Es ist deshalb anzunehmen, daß im Entwurf ebenso wie im damals geltenden Recht für die Feststellung der Jugendlichkeit der Zeitpunkt entscheiden sollte, in dem die Bestellunng zu erfolgen hätte. Diesen Zeitpunkt hat auch die Reformkommission in zweiter Lesung, nachdem sie in erster Lesung den Zeitpunkt der begangenen Tat entscheiden lassen wollte, als den richtigen anerkannt. Vollendet der Beschuldigte nach Bestellung eines notwendigen Verteidigers das 18. Lebensjahr, so bleibt die Verteidigung auch nach dem Entwurf als notwendige bestehen.

e) Ein weiterer Fall, in dem dem Angeschuldigten nach dem Entwurf ein Verteidiger zu bestellen ist, ist der, daß der Angeschuldigte zur Beobachtung seines Geisteszustandes zwangsweise in einer Irrenanstalt untergebracht werden soll. (§ 80 E. I.) Dies bestimmt auch das heute noch geltende Gesetz. Neu im Entwurf ist nur, daß er ausdrücklich bestimmt, daß die Bestellung nur für das Verfahren über die Unterbringung geschehen solle, während im bisherigen und auch heutigem Recht noch Streit darüber herrscht, ob die nach § 81 Strafprozeßordnung erfolgte Verteidigerbestellung für das ganze Verfahren, auch das darauffolgende Hauptverfahren notwendig bleibt oder nicht. Insofern bedeutet also die Bestimmung des Entwurfs einen Rückschritt gegen dem damaligen und heutigen Recht, welches die Auslegung dahin, daß die Verteidigung für die ganze Dauer des Verfahrens notwendig bleibt, zuläßt, welche Auslegung denn auch durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts die herrschende geworden ist. Die Bestimmung des Entwurfs ist nicht recht zu verstehen; denn angenommen, daß das Gericht die Unterbringung in einer Irrenanstalt beschließt, dann soll nach dem Entwurf der Verteidiger wieder wegfallen, obwohl der Angeschuldigte in diesem Falle erst recht des Beistandes eines Verteidigers bedarf. Der

Entwurf hätte also zum mindesten die Fortdauer der Bestellung anordnen müssen für den Fall der tatsächlich erfolgten Unterbringung in eine Irrenanstalt. Nebenbei sei bemerkt, daß die Fälle der notwendigen Verteidigung, die sich aus dieser Bestimmung ergeben, nach dem Entwurf weniger sein würden, als bisher, weil der Entwurf die Unterbringung nicht in allen Fällen zuläßt, so nicht in Privatklagesachen und in Sachen die in erster Instanz vor dem Amtsrichter ohne Schöffen verhandelt werden. Beibehalten hat der Entwurf durch das Wort „Angeschuldigter" die Bestimmung, daß nur jemand zwangsweise in eine Irrenanstalt geschafft werden darf, gegen den die öffentliche Klage bereits erhoben ist.

Neben den aufgeführten Fällen, in denen ein Verteidiger bestellt werden m u ß, bezw. zu bestellen i s t, also die Verteidigung eine notwendige ist, bestimmt der Entwurf in § 140, daß in gewissen Fällen ein Verteidiger bestellt werden soll. Ein Verteidiger soll bestellt werden, wenn der Beschuldigte infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen, insbesondere weil er taub oder stumm ist, nicht befähigt erscheint, sich selbst zu verteidigen; in anderen Fällen kann nach § 140 Abs. 1 Entwurf, ein Verteidiger bestellt werden. Durch die Hervorhebung der körperlichen und geistigen Gebrechen in Abs. 2 des § 140, insbesondere der Taubheit und Stummheit wollte der Entwurf eine besonders gründliche Prüfung der Frage durch das Gericht erreichen, ob eine Verteidigerbestellung erforderlich sei oder nicht. Ob dieses Ziel jedoch wirklich erreicht worden wäre, ist eine Frage für sich. Es wurde daher vielfach vorgeschlagen, daß in allen Fällen, in denen die Verteidigung nicht zwingend vorgeschrieben sei, in denen sie aber doch bestellt werden solle, insbesondere aber in den Fällen des § 140 Abs. 2 des Entwurfes, das Gericht von amtswegen darüber Beschluß zu fassen habe, ob ein Verteidiger bestellt werden solle oder nicht; auch sollte der ablehnende Beschluß anfechtbar sein (vgl. Rosenberg in Aschrott „Ref. d. Strafprozesses, S. 312).

Zu den Fällen der sogen. Sollverteidigung des Entwurfs kann man auch die Vorschrift desselben in § 370 rechnen, welche bestimmt, daß in Sachen, die in erster Instanz vor dem Amtsrichter zu verhandeln sind, in der Hauptverhandlung gegen einen Jugendlichen diesem ein Beistand bestellt werden soll, sofern er keinen Verteidiger hat. Dieser Beistand sollte alle Rechte eines Verteidigers haben und als solcher sollte in der Regel der gesetzliche Vertreter beigezogen werden.

III. Zeitpunkt des Beginnes der notwendigen Verteidigung und der Bestellungspflicht nach dem Entwurf:

a) bei Sachen, die in erster Instanz vor das RG. oder das SchwG. gehören, soll die Notwendigkeit der Verteidigung alsbald nach der Eröffnung der Voruntersuchung beginnen; § 139 I E I, es müßte also alsbald nach diesem Zeitpunkt ein Verteidiger von

amtswegen bestellt werden, wenn der Angeschuldigte in diesem Zeitpunkt noch keinen Verteidiger gewählt hat. Damit ist ein bedeutender Fortschritt im Sinne des zweiten Hauptpunktes der Reformbestrebungen durch den Entwurf gegenüber dem damals und heute noch geltenden Recht, wenigstens in Reichsgerichts- und Schwurgerichtssachen erreicht. Nach dem Entwurf sollte also der notwendige Verteidiger schon während der ganzen Voruntersuchung mitwirken können, während das geltende Recht dem Verteidiger erst nach Schluß der Voruntersuchung bei Erwiderung auf die Anklageschrift mitwirken läßt. Der Verteidiger wäre also nach der Bestimmung des Entwurfs in der Lage schon in der Voruntersuchung die nötigen Entlastungsbeweise anzubieten und dadurch von dem Angeschuldigten manche unberechtigte prozessuale Maßregeln abzuhalten und oft auch die Eröffnung des Hauptverfahrens zu verhindern, was er beim geltenden Recht infolge einer zu späten Bestellung meist nicht vermag. Auch würde durch diese Bestimmung des Entwurfs über den Zeitpunkt der Bestellung eine Ungleichheit in der prozessualen Behandlung vermögender Angeschuldigter, die sich stets in jeder Lage des Verfahrens, also auch schon in der Voruntersuchung einen Mann ihres Vertrauens zu ihrem Verteidiger wählen können und mittelloser Angeschuldigter, die auf die Bestellung eines Verteidigers durch das Gericht angewiesen sind, in etwas beseitigt werden.

b) In den Fällen der auf Antrag hin notwendigen Verteidigung, in landgerichtlichen Verbrechenssachen, wird die Verteidigung eine notwendige und damit die Bestellungspflicht des Gerichts gegegeben, wenn ein diesbezüglicher Antrag gestellt ist. Der Entwurf spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus, aber aus der Fassung des § 139 Abs. 2 „auf seinen Antrag ist ein Verteidiger zu bestellen", ist dies zu entnehmen. Der Antrag kann schon in der Voruntersuchung, alsbald nach deren Eröffnung gestellt werden, er muß bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung spätestens bis zum Ablauf der nach § 203 Abs. 3 E. zu bestimmenden Frist von mindestens 3 Tagen zur Erklärung über die Anklageschrift und zur Vorbringung von Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens gestellt werden. Der Entwurf hat also keine feste Frist, in der der Antrag gestellt werden muß, aufgestellt, sondern nur den Zeitpunkt festgesetzt bis zu dem der Antrag beim Gericht eingehen muß. Die Versäumung der Antragsfrist hat nur den Wegfall der Notwendigkeit der Verteidigung für die erste Instanz zur Folge, nicht dagegen für die Berufungsinstanz; in dieser kann der Antrag noch bis zum Ablauf von drei Tagen nach der Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung nachgeholt werden. § 139/II.

Der Entwurf hat es jedoch nicht für erforderlich gehalten eine Vorschrift aufzunehmen, wonach das Gericht verpflichtet wäre den Angeschuldigten über sein Antragsrecht, ja nicht einmal, wie die Reformkommission es wollte, nach Schluß der Vor-

untersuchung, zu belehren. Es ist dies eine Halbheit des Entwurfs, denn wenn er eine Verteidigung, zumal schon eine notwendige in der Voruntersuchung zuläßt, so ist nicht ersichtlich, warum er lediglich aus der Unkenntnis vieler, ja der meisten Angeschuldigten über ihr Antragsrecht diesen eine Rechtswohltat nicht gewähren will; bei Kenntnis des Antragsrechts würde nämlich fast immer von jedem Angeschuldigten der erforderliche Antrag gestellt werden. Der Vorwurf, daß sich hierin der Entwurf in kleinlicher Weise von der Bestellungspflicht zu drücken sucht, kann ihm nicht erspart werden.

Bei der notwendigen Verteidigung Jugendlicher ist in gleicher Weise diesen in Sachen, in denen eine Voruntersuchung geführt wird, alsbald nach deren Eröffnung ein Verteidiger zu bestellen.

In anderen Sachen in denen keine Voruntersuchung geführt wird, ist alsbald nach dem Eingang des Antrags auf Eröffnung des Hauptverfahrens ein Verteidiger zu bestellen. § 369 E I.

Bezüglich der nach § 80 Entwurf notwendigen Verteidigung, also bei der Unterbringung des Angeschuldigten in eine Irrenanstalt, verbleibt es auch nach dem Entwurf beim geltenden Recht hinsichtlich des Zeitpunktes der Bestellungspflicht; die Verteidigung wird also notwendig und die Bestellungspflicht tritt damit ein, wenn der Sachverständige einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

Im wesentlichen hat also der Entwurf im zweiten Punkt der Reformbestrebungen, nämlich die notwendige Verteidigung möglichst frühzeitig eintreten zu lassen, nur bei Reichsgerichts- und Schwurgerichtssachen den aufgestellten Forderungen entsprochen. Da aber die Reichs- und Schwurgerichtssachen in der Praxis nicht allzu oft vorkommen werden, bei der größten Mehrzahl der Fälle der notwendigen Verteidigung aber eine Belehrungspflicht über die in der Voruntersuchung mögliche Stellung des Antrags nicht aufgenommen ist, so ist festzustellen, daß auch der Entwurf in der Hauptsache die Forderung im zweiten Punkte der Reformbestrebungen größtenteils nicht erfüllt hat.

IV. Bezüglich der Person des notwendigen Verteidigers hat der Entwurf eine kleine Aenderung gegenüber dem damals geltenden Recht gebracht, dahin, daß die Voraussetzungen, unter denen ein Referendar vom Gericht zum Verteidiger bestellt werden kann, auch für die Substituierung eines Referendars durch einen gewählten Rechtsanwalt gelten. §§ 141 II, 138 III. E. I. Nach heute noch geltendem Recht ist erforderlich, daß der Referendar, um zum Verteidiger bestellt werden zu können, die erste Prüfung für den höheren Justizdienst bestanden hat, während früher bei der Substitutierung gefordert wurde, daß der Referendar 2 Jahre (heute 1¼ Jahr) im Vorbereitungsdienst sich befand und auch noch befindet. Diese unberechtigte Unterscheidung läßt der Entwurf fallen und mit Recht, denn die Aufgaben sind die gleichen, ob der Referendar zum Verteidiger bestellt wird, oder ob er von

einem Rechtsanwalt gewählt wird; der Referendar ist in dem einen Falle nicht fähiger als in dem anderen. Die Bestimmung des Entwurfes bringt insofern auch eine Verbesserung gegenüber dem heute noch geltenden Recht, als ein Referendar erst bestellt werden kann, wenn er schon ein Jahr im Vorbereitungsdienst beschäftigt gewesen ist und sich dadurch schon eine gewisse Erfahrung angeeignet hat. Es wird also der Mißstand, daß der Beschuldigte einen meist ungeschickten Referendar, der den Strafprozeß vielleicht nur theoretisch kennt und der vor allem dem Gericht gegenüber nicht den notwendigen Rückhalt hat, zum Verteidiger bestellt erhält, wenigstens einigermaßen behoben.

V. Bezüglich der Kosten der notwendigen Verteidigung hat es der Entwurf bei dem mangelhaften Rechtszustande des geltenden Rechts belassen und nur dem bestellten Verteidiger Anspruch gegen die Staatskasse auf Vergütung der Gebühren gewährt, während der gewählte notwendige Verteidiger nach wie vor auf den Beschuldigten angewiesen ist.

VI. Dieser Entwurf des Reichsjustizamts wurde, nachdem er zuvor die Zustimmung des Bundesrates gefunden hatte, am 26. III. 1909 dem Reichstag vorgelegt. Die Reichstagsvorlage [16]) stimmt jedoch mit dem vom Reichsjustizamt veröffentlichten Entwurf nicht genau überein. Neu in der Reichstagsvorlage ist bezüglich der notwendigen Verteidigung, daß hier die Fälle derselben um einen vermehrt sind. Die Reichstagsvorlage enthielt nämlich in § 127 eine Bestimmung über die notwendige Verteidigung im neueingeführten sog. Haftprüfungsverfahren. Danach sollte, wenn die Haft des Angeschuldigten seit Eröffnung der Voruntersuchung oder, wenn dieser inzwischen eine Einwendung oder Beschwerde gegen den Haftbefehl erhoben hatte, seit deren Zurückweisung zwei Monate gedauert hat, der Untersuchungsrichter eine Entscheidung des Gerichts über die Fortdauer der Haft herbeizuführen haben. Vor dieser Entscheidung wäre der Verteidiger zu hören. Im Falle, daß der Angeschuldigte keinen Verteidiger habe, wäre ihm ein solcher für das Verfahren über die Fortdauer der Haft zu bestellen. Die nach § 127 Reichstagsvorlage angeordnete Verteidigung sollte aber nur für das Verfahren zur Entscheidung über die Fortdauer der Haft notwendig sein. Nicht hat sich dagegen die Reichtagsvorlage dazu entschließen können, eine alte Forderung zu erfüllen, nämlich, wenn der Beschuldigte in Haft genommen ist, die Verteidigung im vollen Umfange zu einer notwendigen zu machen. Die Vorschrift des § 127 RT.-Vorlage würde also unserem heutigen § 115 d entsprochen haben.

Die Reichstagsvorlage wurde in der damaligen Session des Reichstags nicht mehr erledigt. Am 26. November 1909 wurde die R.T.-Vorlage unverändert dem Reichstage wieder vorgelegt. Dieser überwies sie einer Kommission zur Vorberatung. Diese

[16]) Abgekürzt: E

Kommission schlug einen neuen Paragraphen 138 a vor, welcher bestimmte, daß dem Beschuldigten auf Antrag ein Rechtsanwalt beizuordnen sei, wenn er glaubhaft mache, daß er am Sitze des Gerichts oder in dessen Nähe keinen Rechtsanwalt als Verteidiger finden könne. Die Beiordnung hätte jedoch zu unterbleiben, wenn eine Entscheidung angefochten werden solle und die Anfechtung aussichtslos erscheine. Damit sollte für den Strafprozeß ein Gegenstück zu § 36 RAO. geschaffen werden, welcher die Beiordnung eines Rechtsanwalts für den Zivilprozeß vorsieht. Der Zweck dieser Bestimmung sollte sein, auch den kleinen Leuten die Hilfe eines sachkundigen Verteidigers zu sichern. Doch wäre wohl die Erreichung dieses Zweckes durch die Bestimmung über die Kostenvorschußpflicht des Beschuldigten wieder vereitelt worden. Die Vorschrift hätte also in dieser Fassung meines Erachtens wenig Wert gehabt, denn wer einen Verteidiger bezahlen kann, der kann auch einen Mann seines Vertrauens wählen und wird auch immer einen solchen finden. Bemerkenswert an den Vorschlägen der Reichstagskommission ist ferner noch, daß diese als den Zeitpunkt, an dem die Verteidigung notwendig werden sollte, also der Verteidiger zu bestellen wäre, nicht die Eröffnung der Voruntersuchung gelten lassen wollte, sondern den Zeitpunkt, an dem die Sache beim Gericht anhängig würde, also die öffentliche Klage erhoben würde, demnach noch vor Eröffnung der Voruntersuchung. Ferner ist bemerkenswert, daß die Kommission Referendare und Justizbeamte von Verteidigungen vor dem Reichsgericht und Schwurgericht ganz ausschließen wollte.

Dieser Entwurf wurde jedoch nie Gesetz. Die Meinungen und Bestrebungen, besonders in Fragen der Berufung gegen Strafkammerurteile gingen noch allzuweit auseinander. Während der folgenden Jahre, besonders während der Kriegsjahre trat das Reformwerk gegenüber anderen Lebensfragen des deutschen Volkes mehr in den Hintergrund.

§ 19. Die Regelung im Entwurf [17]) eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen von 1919.

Nach dem Kriege wurden die Reformbestrebungen der Strafprozeßordnung wieder aufgenommen. 1919 ließ der damalige Reichsjustizminister Schiffer einen Entwurf einer Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz veröffentlichen, dem anfangs des Jahres 1920 ein Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen folgte. An diesem Entwurf ist einmal interessant, daß man den Ausdruck „Strafprozeß" mit dem Ausdruck „Rechtsgang in Strafsachen" verdeutschen wollte. Dieser Rechtsgangentwurf brachte auf allen Gebieten des Strafprozeßrechts eine Menge Neuerungen.

[17]) Kurz „Rechtsgangentwurf" genannt. E III.

Hinsichtlich der Verteidigung brachte der Entwurf vor allem eine wesentliche Erweiterung der Rechte des Verteidigers im Vorverfahren, wie im Hauptverfahren. Wichtige, von den Rechtsanwälten als mit der Ehre des Anwaltstandes nicht vereinbare Beschränkungen, bezüglich des mündlichen und schriftlichen Verkehrs des Verteidigers mit dem verhafteten Beschuldigten und des Rechts der Akteneinsicht, sind im Entwurf fallen gelassen worden. Bemerkenswert ist auch der Eingangsparagraph des Entwurfs in dem Abschnitt über die Verteidigung, § 159, welcher die Aufgaben der Verteidigung festsetzt und bestimmt, daß der Verteidiger dem Beschuldigten bei Wahrnehmung seiner Rechte beizustehen und nach bestem Wissen und Gewissen dafür zu sorgen habe, daß er nicht schuldig gesprochen werde, wenn er nicht der ihm zur Last gelegten Straftat überführt sei.

Bezüglich der Regelung der notwendigen Verteidigung im Rechtsgangentwurf ist folgendes auszuführen:

I. Fälle der notwendigen Verteidigung: Für notwendig erklärt der Entwurf, ohne den Ausdruck „notwendig" zu gebrauchen, die Verteidigung in Sachen, die zur Zuständigkeit des Reichsgerichts in erster Instanz oder des Schwurgerichts gehören (§ 164). Der Entwurf spricht zwar nur von Sachen, die zur Zuständigkeit dieser Gerichte gehören. Das Reichsgericht wäre aber in dritter Instanz auch zuständig zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision. Doch ist nicht anzunehmen, daß die Sachen, die in der Revisionsinstanz vor dem Reichsgericht verhandelt werden, zu den Sachen mit notwendiger Verteidigung gehören. Dies ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit aus § 337 E. III, in dem bestimmt ist, daß der Angeklagte in der Revisionshauptverhandlung entweder selbst erscheinen oder sich durch einen Verteidiger vertreten lassen kann; also ein Verteidiger nicht unbedingt anwesend zu sein hat. Ferner erklärt der Rechtsgangentwurf die Verteidigung für notwendig in den Verbrechenssachen, die bisher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörten, nun aber nach dem Entwurf zur Zuständigkeit des Amtsgerichts (bezw. des Schöffengerichts) gehören sollten, falls das Verbrechen kein Rückfallsverbrechen ist. § 164/III. Es hat also auch der so überaus liberale Rechtsgangentwurf sich nicht entschließen können, die Ausnahme der Rückfallsverbrechen von den notwendig zu verteidigenden Sachen zu beseitigen. Dagegen hat der Entwurf in den letzten Fällen, also amtsgerichtlichen Verbrechenssachen, das Antragserfordernis beseitigt und damit einer bisher vielfach erhobenen Forderung entsprochen. Die Verteidigung soll demnach allen gleich zustatten kommen und nicht nur den Verbrechern mit Erfahrung.

Gleich geblieben ist im wesentlichen auch die nähere Regelung der Notwendigkeit der Verteidigung für den Fall der zwangsweisen Unterbringung in eine Irrenanstalt mit den Bestimmungen

des E. I und des geltenden Rechts. Verschieden von der Regelung des E. I und des geltenden Rechts ist nur, daß die Unterbringung auch im Ermittlungsverfahren zulässig ist § 100/II E. III, während E. I und das geltende Recht die Unterbringung nur nach Erhebung der öffentlichen Klage zulassen. Dies ist eine notwendige Folge davon, daß der Entwurf III die Voruntersuchung überhaupt beseitigen will und an deren Stelle ein anders geartetes Ermittelungsverfahren, bei dem der Staatsanwalt die eigentliche Verfolgungstätigkeit in die Hand bekommen soll und nicht mehr der Untersuchungsrichter, setzen will. Die Bestellung eines Verteidigers bei der zwangsweisen Unterbringung in eine Irrenanstalt ist in Uebereinstimmung mit dem E. I nur für das Verfahren über die Unterbringung selbst zulässig und auf dieses beschränkt, im Gegensatz zu § 81 des geltenden Gesetzes, der auch eine andere Auslegung zuläßt.

Ebenso hat der Rechtsgangentwurf die Bestimmung des E. II bezüglich der notwendigen Verteidigung im sog. Haftprüfungsverfahren übernommen mit der durch den Wegfall der Voruntersuchung bedingten Aenderung. E. 137/II E. III.

Ein Fall der notwendigen Verteidigung, der bisher im Gesetz und in den Entwürfen enthalten war, ist dagegen im E. III selbst weggefallen. Es ist dies die Bestimmung über die notwendige Verteidigung Jugendlicher. Der Entwurf III will das Verfahren gegen Jugendliche überhaupt nicht mehr selbst regeln, sondern dies einem eigenen Gesetz, dem Jugendgerichtsgesetz überlassen, dessen Entwurf später ebenfalls bekannt gegeben wurde.

Die Fälle der notwendigen Verteidigung haben daher im E. III abgesehen von der Beseitigung des Antragserfordernisses bei amtsgerichtlichen Verbrechenssachen keine Erweiterung erfahren. Dies wurde am Entwurf vielfach getadelt. Vielfach war gefordert worden eine Erweiterung der notwendigen Verteidigung auch auf die Vergehenssachen, bei diesen allerdings nur auf Antrag hin bei Bedürftigkeit des Beschuldigten; sowie Erweiterung der notwendigen Verteidigung in den Sachen, in denen der Beschuldigte in Untersuchungshaft genommen worden ist, für die ganze Sache. (Vgl. dazu RA. Oborneker in „J. W. 49" S. 266.)

II. Zeitpunkt des Eintritts der Notwendigkeit und damit der Bestellungspflicht nach dem Entwurf III.

Der E. III hat, wie gesagt, die Voruntersuchung beseitigt und die Erforschung des Sachverhalts im Ermittlungsverfahren dem Staatsanwalt wieder ganz in die Hände zurückgegeben. In diesem Ermittlungsverfahren aber sollte der Beschuldigte und der Verteidiger ein weitgehendes Recht haben, bei den Ermittlungshandlungen zugezogen zu werden und mitwirken zu können. Dies kommt vor allem dadurch zum Ausdruck, daß § 194 E. III vorschreibt, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie Anklage erheben will, die Verdachtsgründe, abgesehen von einigen Ausnahmefäl-

len, dem Beschuldigten in einem Schlußtermin mündlich mitzuteilen habe. Diese Mitteilung der Verdachtsgründe soll dann nach § 194 Abs. 2 E. III den Abschluß des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens bilden. Zweck des Schlußtermins soll sein, daß der Beschuldigte sich vor der Erhebung der öffentlichen Klage und Eröffnung der Hauptverfahrens durch Einwendungen und Aufklärung des Sachverhaltes bewahren könne. Dazu bedarf er aber in vielen Fällen das sachkundigen Beistandes eines Verteidigers. Demgemäß bestimmt der E. III, daß die Bestellung eines Verteidigers bei Notwendigkeit der Verteidigung vor Abschluß des Ermittlungsverfahren spätestens zu erfolgen habe, § 164 II u. III; zulässig dagegen soll die Bestellung eines Verteidigers schon vorher in jeder Lage des Verfahrens sein. Für die Sachen, die vor dem RG. in erster Instanz oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind, bestimmt der E. III weiter noch besonders, daß die Bestellung eines Verteidigers schon früher erfolgen müsse, also die Verteidigung schon früher notwendig werde, wenn der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter dies beantrage. Von wann ab dieser Antrag gestellt werden kann, ist im E. nicht ausgesprochen. Es ist daher anzunehmen, daß er von dem Zeitpunkt an gestellt werden kann, in dem er möglich wird, also wenn sich die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren mit der Sache befaßt hat und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter davon Kenntnis hat. In amtsgerichtlichen Verbrechenssachen kann zwar auch schon vor dem Abschluß des Ermittlungsverfahrens ein entsprechender Antrag auf Verteidigerbestellung gestellt werden, aber dieser Antrag hat anders als bei reichs- oder schwurgerichtlichen Sachen kein Recht auf Beachtung.

Die Bestimmung des Entwurfs III bezüglich des Zeitpunktes der Verteidigerbestellung bedeutet also einen Fortschritt gegenüber dem geltenden Gesetz und den bisherigen Entwürfen, da es nach ihm dem Beschuldigten vom ersten Augenblick an in Reichsgerichts- und Schwurgerichtssachen ermöglicht sein soll, sich der Hilfe eines Verteidigers zu bedienen; in amtsgerichtlichen Verbrechenssachen aber ein Verteidiger auch noch so frühzeitig beigezogen werden muß, um diesem die Möglichkeit zu bieten, eine Anklage der Staatsanwaltschaft evt. verhindern zu können. Der Entwurf III geht insofern über das geltende Recht hinaus, als dieses den Beschuldigten im ganzen Vorverfahren, (Ermittlungsverfahren und Voruntersuchung), ohne notwendigen Verteidiger läßt, über die Vorschläge der Reformkommission und die Bestimmungen des E. I insofern, als bei Reichs- und Schwurgerichtssachen die Mitwirkung eines Verteidigers schon im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren vorgesehen ist, nicht erst in der richterlichen Voruntersuchung. Bei amtsgerichtlichen Verbrechenssachen stimmen im Endeffekt die Bestimmungen des E. III mit den Vorschlägen der Reformkommission und des E. I überein.

In beiden Regelungen soll noch im letzten Augenblick vor der Eröffnung des Hauptverfahrens dem Verteidiger eine Mitwirkungsmöglichkeit gegeben werden.

Einen alten Grundsatz des geltenden Rechts spricht § 165 E. III aus, indem er bestimmt, daß, wenn der Verteidiger nicht für einen bestimmten Zweck bestellt wird, sich die Bestellung auf das ganze Verfahren erstreckt. Neu gegenüber dem geltenden Recht ist die Bestimmung des § 165, daß sich die einmal erfolgte Bestellung auch auf das Wiederaufnahmeverfahren erstrecken solle.

III. Wichtige Neuerungen brachte der E. III bezüglich der Person des notwendigen Verteidigers.

Bedeutsam ist die Neuerung, daß in Reichs- und Schwurgerichtssachen fortan nur mehr Rechtsanwälte zum Verteidiger bestellt werden können. § 166/I E. III. Den Justizbeamten und Referendaren sollen künftighin derartig wichtige Sachen nicht mehr anvertraut werden. In verschiedenen Staaten Deutschlands, so in Preußen und Bayern, war bisher dieser Erfolg im Verordnungswege erreicht worden. Nach dem Willen des Entwurfes III sollte diese Praxis Gesetzeskraft erlangen.

In Sachen die zur Zuständigkeit des Amtsgerichtes gehören, können nach dem Entwurf III wie bisher Referendare und Justizbeamte zu Verteidigern bestellt werden. Erstere jedoch nur dann, wenn sie mindestens ein Jahr im höheren Justizdienst beschäftigt gewesen sind. Sie sollen jedoch nicht vor der Abteilung (Richter), bei der sie sich gerade im Vorbereitungsdienst befinden, zu Verteidigern bestellt werden. § 166 II u. III. Der Entwurf will durch diese Bestimmung die Unabhängigkeit der Referendare gegenüber dem Richter sicherstellen.

Neu ist im Entwurf III auch, daß jede andere Person, die nicht rechtskundig ist in amtsgerichtlichen Sachen notwendiger Verteidiger sein kann. Dies folgt aus § 164 Abs. 2 in Verbindung mit § 161. § 164 Abs. 2 bestimmt, daß in Sachen, die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, dem Beschuldigten, der k e i n e n V e r t e i d i g e r hat, ein solcher zu bestellen ist. Nach § 161 Abs. 2 kann aber, allerdings nur mit gerichtlicher Genehmigung, jede andere Person (als Rechtsanwalt oder Rechtslehrer) demnach auch ein Nichtjurist zum Verteidiger gewählt werden. Ist also mit richterlicher Genehmigung ein Nichtjurist zum Verteidiger gewählt, so treffen die Voraussetzungen des § 164 Abs. 2 für die Verteidigerbestellung nicht mehr zu; der Beschuldigte hat in diesem Falle bereits einen Verteidiger, die Bestellung eines weiteren rechtskundigen Verteidigers ist daher in diesem Falle unzulässig. Das Gericht kann allerdings in einem solchen Falle die Genehmigung wieder zurücknehmen und dann von sich aus einen rechtskundigen Verteidiger bestellen, solange dies aber nicht geschehen ist, dürfte wohl kein anderer Verteidiger bestellt werden können. Desgleichen ist, wenn ein solcher Verteidiger nachträglich mit Genehmigung des Gerichts gewählt wird, die nach § 166

erfolgte Bestellung gemäß § 167 wieder zurückzunehmen, da bei der Wahl eines solchen Verteidigers die Bestellung unterblieben wäre.

Der Kreis der Personen, die eine notwendige Verteidigung führen können, hat sich also im Entwurf III ganz bedeutend erweitert, insofern als jede im Genuß der bürgerlichen Ehrenrechte stehende und voll geschäftsfähige Person zum Verteidiger zwar nicht bestellt, aber gewählt werden kann. Ob diese Regelung, Nicht-Rechtsverständige, zur ausschließlichen Führung einer notwendigen Verteidigung zuzulassen, zweckmäßig ist, mag dahin gestellt bleiben. Meines Erachtens ist die Bestimmung unglücklich und dürfte wohl auf einem Versehen beruhen.

Erwähnt soll noch werden, daß der zum Verteidiger gewählte Rechtsanwalt wie bisher einen Referendar sich substituieren kann. Doch muß der Referendar mindestens 1½ Jahre im Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst beschäftigt gewesen sein. § 161/III, E. III. Der Entwurf III erleichtert also hierin gegenüber dem damals geltenden Recht, das zwei Jahre Vorbereitungsdienst verlangte, die Substitution. Anderseits bleibt er hinter dem E. I, der nur ein Jahr Vorbereitungsdienst verlangte und dem geltenden Gesetz, das nur ein Jahr und drei Monate verlangt, zurück.

IV. Neben den Fällen der notwendigen Verteidigung kennt der Entwurf auch noch Fälle der sog. „Sollverteidigung." § 163/II. In diese Fälle bezieht er auch die Verteidigung Tauber und Stummer mit ein, die nach geltendem Recht eine notwendige ist. Er stellt also diese Personen den körperlich und geistig Gebrechlichen überhaupt und den nicht auf freiem Fuß befindlichen Personen und den Personen, die wegen Schwierigkeit der Sache oder anderweitiger Unbeholfenheit der eigenen Verteidigung nicht gewachsen erscheinen, gleich.

V. Die notwendige Verteidigung Jugendlicher ist, wie gesagt, im Entwurf III überhaupt nicht geregelt. Die Regelung hat in einem Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes stattgefunden, der am 24. X. 1922 dem Reichstag vorgelegt wurde, und der in seinen Bestimmungen über die Verteidigung Jugendlicher unverändert angenommen wurde und demnach heute geltendes Gesetz ist.

VI. Beachtenswert am Entwurf III ist noch, daß er den seiner Zeit von der Reichstagskommission vorgeschlagenen § 138a in § 162 übernommen hat.

§ 20. Die Regelung in den weiteren Entwürfen von 1922 und 1923.

Der Rechtsgangentwurf wurde nie Gesetz. Anfangs bestand die Absicht ihn noch durch die verfassunggebende Nationalversammlung zum Gesetz erklären zu lassen. Davon ging man aber bald wieder ab, da im einzelnen die Meinungen in der juristischen

Literatur über die großen Aenderungen des Entwurfs noch allzuweit auseinandergingen und noch allzuwenig geklärt waren.[18]) Später wollte man ihn dem Reichstag vorlegen. Aber auch dies tat man bei dem starken Widerspruch, den er in juristischen Kreisen gefunden hatte, nicht mehr, sondern man regelte einzelne Reformfragen durch spezielle Gesetze. So erging am 25. April 1922 das Gesetz über die Heranziehung der Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamt, am 11. Juli 1922 das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Aemtern und Berufen der Rechtspflege, am 16. Februar 1923 das Jugendgerichtsgesetz.

Die Neuordnung der Strafrechtspflege wurde nunmehr durch Entwürfe von Novellen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafprozeßordnung wieder aufgenommen. Am 19. Juni 1922 legte der Reichsminister der Justiz Radbruch dem Reichsrat einen Entwurf zur Neuordnung der Strafgerichte vor, der große Aenderungen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung vorsah. Bezüglich der Verteidigung, insbesondere der notwendigen Verteidigung bestimmte dieser Entwurf in Art. IV Ziff. 10 lediglich: „Im § 140 Abs. 2 treten an die Stelle der Worte: „In Sachen, die vor dem Landgericht in erster Instanz zu verhandeln sind" die Worte: „In anderen Sachen". Durch diese Fassung des § 140 soll nur die Aenderung berücksichtigt werden, daß nunmehr die Strafkammern der Landgerichte nicht mehr als Gerichte erster Instanz zu entscheiden hätten, sondern an ihre Stelle die Amtsgerichte treten sollten. Das weitere Schicksal dieses Entwurfes war das gleiche wie das der bisherigen; er wurde nie Gesetz. Er wurde zwar vom Reichsrat, abgesehen von zwei finanziellen Strietpunkten, angenommen und unterm 29. Mai 1923 durch den Reichsjustizminister Heinze mit erheblichen Abweichungen von der ursprünglichen Regierungsvorlage dem Reichstag vorgelegt. Bezüglich der notwendigen Verteidigung brachte die Reichstagsvorlage die gleiche Fassung des § 140 Abs. 2 wie der Radbruch-Entwurf, nur sollte dem Abs. 3 Satz 1 des § 140 folgender Zusatz hinzugefügt werden:

„Oder soweit im Falle des Abs. 2 Nr. 1 eine Aufforderung nach § 199 nicht geboten ist, sobald dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist."

Der § 140 würde also nach dem Entwurf Heinze folgende Fassung erhalten haben:

„Die Verteidigung ist notwendig in den Sachen, welche vor dem Reichsgericht in erster Instanz oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind.

In anderen Sachen ist die Verteidigung notwendig:

1. wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist,

---

[18]) Vergl. Beratungen des Berliner Anwaltsverein vom 16. und 22. Januar 1920. J. W. 49 S. 259 ff.

2. wenn ein Verbrechen den Gegenstand der Untersuchung bildet und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Verteidigers beantragt. Diese Bestimmung findet nicht Anwendung, wenn die strafbare Handlung nur deshalb als ein Verbrechen sich darstellt, weil sie im Rückfall begangen ist.

In den Fällen des Abs. 1 und des Abs. 2 Nr. 1 ist dem Angeschuldigten, welcher einen Verteidiger noch nicht gewählt hat, ein solcher von amtswegen zu bestellen, sobald die im § 199 vorgeschriebene Aufforderung stattgefunden hat oder soweit im Falle des Abs. 2 Nr. 1 eine solche Aufforderung nach § 199 nicht geboten ist, sobald dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist. Im Falle des Abs. 2 Nr. 2 ist der Antrag binnen einer Frist von 3 Tagen nach der Aufforderung zu stellen."

Die Entwürfe von Radbruch und Heinze brachten daher in Abs. 2 Nr. 1 die Aenderung, daß künftig bei Taubheit und Stummheit in allen Sachen, gleich vor welchem Gericht und gleichgültig ob Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung den Gegenstand der Untersuchung bildet, die Verteidigung notwendig sein sollte. Der Zusatz in Abs. 3 des § 140 im Heinze-Entwurf stellt nur die Verhältnisse über den Zeitpunkt der Bestellungspflicht klar. Grundsätzlich soll nach dem Heinze-Entwurf die Bestellung alsbald nach der gemäß § 199 stattzufindenden Aufforderung erfolgen. Bis zum Heinze-Entwurf hatte diese Aufforderung in allen Sachen in denen die Verteidigung notwendig war, zu erfolgen. Nach ihm aber würde es Fälle geben, bei denen die Verteidigung notwendig wäre, aber eine Aufforderung nach § 199 nicht mehr zu geschehen bräuchte, nämlich die amtsgerichtlichen Vergehen und Uebertretungssachen bei Tauben und Stummen. Der Zusatz zu Abs. 3 des § 140 hätte also Bedeutung nur für Taube und Stumme, die eines Vergehens oder einer Uebertretung angeklagt sind, erlangt.

§ 21. Die Regelung durch die Verordnung vom 4. I. 1924 über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege.

(Emminger Verordnung).

Der Entwurf Heinze wurde vom Reichstag dem Rechtsausschuß überwiesen, wo selbst er aber nicht mehr zur Beratung kam. Wichtigere Aufgaben erwarteten damals in der schwersten Zeit des deutschen Volkes ihre Erledigung durch das Parlament. Künftighin war die Reform der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom finanziellen Standpunkt beherrscht. Durch Gesetz vom 8. XII. 1923 wurde die Reichsregierung ermächtigt, alle die Maßnahmen zu ergreifen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtete. Auf Grund dieses Gesetzes erließ die Reichsregierung am 4. I. 1924 eine vom Reichskanzler Marx und Reichs-

justizminister Emminger unterzeichnete Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, deren Rechtsgültigkeit, da sie über die erteilte Ermächtigung hinausgegangen sei, vielfach angezweifelt wurde. Diese Verordnung brachte die Regelung der notwendigen Verteidigung wie sie, abgesehen von derjenigen im Haftprüfungsverfahren, heute geltendes Recht ist. Die Bestimmungen dieser Verordnung wurden durch die Bekanntmachung der neuen Fassung der Strafprozeßordnung durch den Reichsjustizminister vom 22. III. 1924 in die Strafprozeßordnung selbst hinein verarbeitet; auf dieser Bekanntmachung beruht die heutige Fassung des Textes der Strafprozeßordnung über die Verteidigung.

Die Verordnung vom 4. I. 1924 schließt sich, hinsichtlich der Regelung der Verteidigung, ziemlich an die Vorschläge der Entwürfe von Radbruch und Heinze an. Sie bestimmt in § 27, daß die Verteidigung notwendig sein solle in allen Fällen, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist und in anderen Sachen dann, wenn ein Verbrechen den Gegenstand der Untersuchung bildet, das nicht nur wegen Rückfalls ein solches ist. § 27 Abs. 2 trifft letztere Bestimmung allerdings nur für die Verbrechen, die vor dem Schöffengericht zu verhandeln sind. Doch ist, wie oben ausgeführt, diese Bestimmung auch auf Verbrechen, die vor dem Amtsrichter zu verhandeln sind, auszudehnen. (Ueber die Streitfrage hierüber, siehe oben S. 33).

Bezüglich des Zeitpunktes der Bestellung ist bestimmt, daß diese alsbald nach der in § 199 vorgeschriebenen Aufforderung und wenn eine solche nicht erforderlich ist, sobald dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist, zu erfolgen habe.

Die Emminger-Verordnung bedeutet also im wesentlichen keinen Fortschritt in der weiteren Ausgestaltung der notwendigen Verteidigung. Die großen Ziele und die seit Jahrzehnten aufgestellten Forderungen nach Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung wurden durch sie nicht erreicht. Der Fortschritt, der in der Notwendigkeit der Verteidigung bei Taubheit und Stummheit in allen Fällen liegt, ist gegenüber dem, was erreicht werden sollte und konnte, unbedeutend. Unerreicht ist geblieben die Gleichstellung der geistig und körperlich Gebrechlichen und derjenigen, die sich wegen anderweitiger Hilflosigkeit und Schwierigkeit der Sache nicht selbst genügend und sachgemäß verteidigen können mit den Tauben und Stummen. Unerreicht ist auch geblieben die Beseitigung des Antragserfordernisses bei amtsrichterlichen und schöffengerichtlichen Verbrechenssachen. Desgleichen hat die Verordnung die notwendige Verteidigung im vollen Umfange nicht gebracht bei einer Sache, bei der der Beschuldigte in Haft genommen worden ist.

Bezüglich des Zeitpunktes der Bestellungspflicht hat die Verordnung gegenüber dem bereits geltenden Recht keinerlei Ver-

besserung gebracht. Der Beschuldigte entbehrt nach wie vor noch während des ganzen Vorverfahrens auch in den schwersten und umfangreichsten Sachen des Beistandes eines notwendigen Verteidigers. Der Verteidiger braucht nicht einmal so zeitig bestellt zu werden, daß er eventuell eine unbegründete Anklage verhindern könnte. Unerfüllt ist demnach die oft aufgestellte Forderung, den Verteidiger in den Fällen der notwendigen Verteidigung so zeitig zu bestellen, daß er an dem ersten gerichtlichen Termin, an dem er teilzunehmen berechtigt ist, auch wirklich teilnehmen kann. (Vergl. hierzu Heinemann in Aschrott „Reform des Strafprozesses" S. 365).

Ebensowenig wurde die geforderte Erweiterung der Rechte des Verteidigers und die Beseitigung mancher Beschränkungen derselben durch die Verordnung gebracht.

Eine angemessene Reform der Strafprozeßordnung hinsichtlich der Verteidigung ist demnach durch die Verordnung vom 4. I. 1924 nicht erzielt worden; die aufgestellten Forderungen hierin sind unerfüllt geblieben. Es ist nur zu hoffen, daß durch diese Veordnung in der Reform der notwendigen Verteidigung und überhaupt in der Reform des ganzen Strafprozesses noch nicht das letzte Wort gesprochen worden ist.

§ 22. Die Regelung der notwendigen Verteidigung in der Strafprozeßnovelle auf Grund des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz.

Eine umfassende Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung sieht auch der im Jahre 1929 auf Anordnung des Reichsjustizministeriums veröffentlichte [19]) Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz in den Artikeln 66 und 67 vor. Durch diese Bestimmungen sollen vor allem die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung mit den Vorschriften des allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches in Einklang gebracht werden, darüber hinaus aber sollen jene beiden Gesetze auch reformiert werden. Unter den Bestimmungen über die Aenderung der Strafprozeßordnung finden sich auch mehrere über die Verteidigung des Beschuldigten, insbesondere die notwendige Verteidigung. Art. 67. Ziff. 80/88.

Nach dem Entwurf soll die Verteidigung wie bisher notwendig bleiben in den Sachen, die vor dem Reichsgericht oder Oberlandesgericht in erster Instanz oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind, ferner in anderen Sachen, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist. Soweit stimmt der Entwurf mit dem geltenden Recht überein.

[19]) Erschienen im Verlag Otto Liebmann, Berlin. 1929.

Neu im Entwurf gegenüber dem geltenden Recht ist, daß er zwei weitere Fälle der notwendigen Verteidigung, und zwar der unbedingt notwendigen, also nicht durch die Stellung eines diesbezüglichen Antrags bedingt notwendigen Verteidigung geschaffen hat. Nach ihm soll nämlich die Verteidigung weiter notwendig sein.

1. in den vor dem Schöffengericht [20]) zu verhandelnden Sachen, wenn zu erwarten ist, daß der Angeklagte als ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt werden wird. § 140 Abs. 3 StPO. in der Fassung des Art. 67 Ziff. 82a Entwurf. Der Begriff des Verbrechens aus Gewohnheit, den der Entwurf des allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs neben den besonders schweren Fällen stellt, bildet neben diesen einen Strafschärfungsgrund, welcher bei der Aburteilung einen höheren Strafrahmen (Zuchthaus!) zur Anwendung kommen läßt. Als solcher für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher kann verurteilt werden, wer schon zweimal wegen eines Verbrechens zum Tode oder wegen eines vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von wenigstens sechs Monaten verurteilt worden ist und durch ein neues Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen eine Freiheitsstrafe verwirkt hat. Weitere Voraussetzung für die Verurteilung als Gewohnheitsverbrecher ist, daß aus der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten hervorgeht, daß der Täter seine strafbaren Handlungen aus einem ihm eigenen Hang zu Verbrechen begangen hat und daß er für die öffentliche Sicherheit durch diesen verbrecherischen Hang gefährlich ist. § 78 Allg. StGB. Eine Verurteilung als Gewohnheitsverbrecher kommt jedoch nicht in Betracht, wenn zwischen einer früheren Verurteilung und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind.

Besteht nun die Möglichkeit einer Verurteilung als Gewohnheitsverbrecher,[21]) so muß notwendig ein Verteidiger die Rechte des Angeschuldigten im Strafverfahren gegen denselben wahrnehmen. Hat der Angeschuldigte keinen Wahlverteidiger, so muß ihm ein Verteidiger von amtswegen durch den Vorsitzenden bestellt werden. Der Zeitpunkt der Bestellungspflicht und damit des Beginns der Notwendigkeit der Verteidigung ist der gleiche wie bei der notwendigen Verteidigung in Reichsgerichts-, Ober-

[20]) Nach dem Entwurf des EG. Art. 66 Ziff. 3 soll künftighin der Amtsrichter allein nur mehr über solche Vergehen entscheiden, die im Wege der Privatklage verfolgt werden oder die leichterer Art sind, über letztere nur, wenn die Staatsanwaltschaft es beantragt. Ueber alle übrigen Vergehen und alle Verbrechen soll das Schöffengericht entscheiden.

[21]) Für die Frage, ob diese Möglichkeit besteht, ist die Tat, wie sie sich in der Anklageschrift darstellt, maßgebend. Die Anklageschrift hat die Möglichkeit einer Verurteilung als Gewohnheitsverbrecher hervorzuheben, Art. 67, Ziff. 109 E. (§ 200 der Strafprozeßordnung).

landesgerichts- und Schwurgerichtssachen. Der Verteidiger ist zu bestellen, sobald der Angeschuldigte gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. § 140/IV StPO. in der Fassung nach Art. 67 Ziff. 82b E. Ausdrücklich hebt ferner der Entwurf einen Fall des nachträglichen Beginns der notwendigen Verteidigung und damit der Bestellungspflicht hervor. Ergibt sich nämlich erst im Laufe der Hauptverhandlung, daß eine Verurteilung als Gewohnheitsverbrecher eintreten kann, so beginnt mit diesem Zeitpunkt die Notwendigkeit der Verteidigung. Der Vorsitzende hat dann dem Angeklagten, der ohne Verteidiger ist, einen Verteidiger zu bestellen. § 145/II StPO. in der Fassung nach Art. 67, Ziff. 85 E.

Durch diese Bestimmung soll eine Verteidigung derjenigen Angeschuldigten sichergestellt werden, die wegen Rückfälligkeit eine schwerere Strafe, nämlich eine längere Zuchthausstrafe zu erwarten haben. Der Entwurf würde dadurch einen Mangel des bisherigen Rechts beseitigen, das den Verbrechern, die wegen Rückfälligkeit Zuchthausstrafe zu erwarten haben, einen notwendigen Verteidiger versagt.

2. Die Verteidigung ist nach dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch, ferner in den vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen notwendig, wenn zu erwarten ist, daß eine Unterbringung des Angeklagten in eine Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet [22]) werden wird. § 140, Abs. 3 in der Fassung nach Art. 67, Ziff. 82a E. Eine Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt ist auszusprechen, wenn jemand als nicht zurechnungsfähig freigesprochen wird,[22]) oder als vermindert zurechnungsfähig verurteilt wird,[23]) oder wenn jemand zur Zeit der Tat nicht zurechnungsfähig war und aus diesem Grunde das Gericht nach Erhebung der öffentlichen Klage das Hauptverfahren gegen ihn nicht eröffnet oder das Verfahren einstellt,[24]) und die Unterbringung zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist. § 56 allg. StGB.

Die Notwendigkeit der Verteidigung und damit die Bestellungspflicht des Gerichtes im Falle, daß der Angeschuldigte noch

[22]) Für die Frage, ob dies zu erwarten ist, ist zunächst der Inhalt der Anklageschrift maßgebend. Die Anklageschrift hat eine solche Möglichkeit hervorzuheben. Art. 67 Ziff. 109 E. (§ 200 der Strafprozeßordnung).

[23]) In diesem Falle ist die Unterbringung im Urteil auszusprechen, Art. 67 Ziff. 142 (§ 267 der Strafprozeßordnung).

[24]) Die Einstellung des Verfahrens und die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (nach dem Entwurf, Ablehnung der Anordnung der Hauptverhandlung) dürfte wohl nach dem Entwurf des Einführungsgesetzes nicht mehr zulässig sein, da dieser in Art. 67 Ziff 112 (§205 der Strafprozeßordnung) bestimmt, daß der Vorsitzende auch dann die Hauptverhandlung anzuordnen habe, wenn er für den Fall der Freisprechung des Angeschuldigten, dessen Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt für erforderlich erachtet.

keinen Wahlverteidiger hat, tritt auch in diesem Falle in dem gleichen Zeitpunkt wie in Reichsgerichts-, Oberlandesgerichts- und Schwurgerichtssachen ein; der Verteidiger ist also gegebenenfalls zu bestellen, sobald der Angeschuldigte gemäß § 201 Strafprozeßordnung zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Ergibt sich jedoch erst im Laufe der Hauptverhandlung, daß die Anordnung der Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt zu erwarten ist, so beginnt damit auch die Notwendigkeit der Verteidigung und gegebenenfalls die Bestellungspflicht. Art. 67, Ziff. 85 E., § 145/II StPO.

Die Anordnung der Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt (Irrenanstalt!) enthält immer eine längere Freiheitsentziehung, und es ist daher gerechtfertigt, daß in diesem Falle eine weitere Garantie dafür geschaffen wird, daß niemand unberechtigt seiner persönlichen Freiheit beraubt wird.

Bedingt notwendig, nämlich durch die Stellung eines diesbezüglichen Antrags bedingt, bleibt die Verteidigung nach dem Entwurf in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht in den vor den Schöffengerichten [25]) zu verhandelnden Sachen, wenn ein Verbrechen [26]) den Gegenstand der Untersuchung bildet, und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Verteidigers beantragt.

Neu im Entwurf ist aber, daß auch für gewisse Vergehen die Verteidigung auf Antrag des Beschuldigten oder seines gesetzlichen Vertreters hin notwendig sein solle. Nach dem Entwurf soll nämlich die Verteidigung auch dann notwendig sein, wenn in einer vor dem Schöffengericht zu verhandelnden Sache ein Vergehen den Gegenstand der Untersuchung bildet und zu erwarten ist, daß hierbei wegen Annahme eines „besonders schweren Falles" auf Zuchthaus erkannt werden wird. § 140, Abs. 3 StPO. in der Fassung des Art. 67, Ziff. 82a E.

Voraussetzung der notwendigen Verteidigung in diesem Falle ist also, daß ein besonders schwerer Fall (§ 77 Allg. StGB.) vorliegt. Der besonders schwere Fall bildet, wie oben S. 89 ausgeführt, neben dem Verbrechen aus Gewohnheit einen Strafschärfungsgrund. Liegt ein besonders schwerer Fall vor, so tritt an Stelle des gewöhnlichen Strafrahmens ein höherer Strafrahmen, der durchwegs Zuchthausstrafe vorsieht. Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich war und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder wegen ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist. § 77, Abs. 2 Allg. StGB. Ob diese Voraussetzungen im einzelnen Falle gegeben sind, hat der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen.

[25]) Vergl. Anm. 20 S. 89.

[26]) Die Ausnahme der Rückfallverbrechen von den notwendig zu verteidigenden Sachen ist weggefallen, da der Entwurf des allg. StGB. Rückfallverbrechen in diesem Sinne nicht mehr kennt.

Ergibt sich nun aus der Anklageschrift, daß ein besonders schwerer Fall vorliegt,[27]) so muß dem Angeschuldigten auf seinen oder seines gesetzlichen Vertreters Antrag hin von Amtswegen ein Verteidiger bestellt werden, falls er keinen zur Führung einer notwendigen Verteidigung geeigneten Wahlverteidiger zur Seite hat. Der Antrag ist wie im geltenden Recht innerhalb einer Frist von drei Tagen nach der gemäß § 201 Strafprozeßordnung stattgefundenen Aufforderung zur Erklärung über die Anklageschrift zu stellen. Auch im Laufe der Hauptverhandlung kann sich erst ergeben, daß eine Verurteilung wegen eines besonders schweren Falles zu erwarten ist. In diesem Falle ist der Antrag nach § 145, Abs. 2 Strafprozeßordnung in der Fassung des Art. 67, Ziff. 85 E. anders als oben S. 35 für das geltende Recht angenommen wurde, sofort in der Hauptverhandlung zu stellen. Eine dreitägige Frist läuft in diesem Falle nicht. Das Gericht soll jedoch auch befugt sein, die Verhandlung auszusetzen.

Eine Verpflichtung des Gerichts, den Angeschuldigten oder Angeklagten auf sein Antragsrecht hinzuweisen, hat der Entwurf nicht aufgenommen.

Der Entwurf dehnt mithin die notwendige Verteidigung auch auf gewisse Vergehen schwererer Art aus und kommt damit scheinbar einer vielfach erhobenen Forderung auf Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung auf Vergehen teilweise entgegen. Vgl. oben S. 81. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Entwurf des Allg. StGB. in manchen Fällen, die im geltenden Recht Verbrechen sind, Vergehn mit besonders schweren Fällen vorgesehen hat, ferner, daß er viele Fälle, die im geltenden Recht Vergehen und demnach mit Gefängnisstrafe bedroht sind, zu Vergehen mit besonders schweren Fällen gemacht hat, wodurch er zahlreiche Vergehen, die mit Zuchthausstrafe bedroht sind, geschaffen hat. Im Enderfolg sind deshalb die Fälle der notwendigen Verteidigung wie gesagt nur scheinbar erweitert worden, nämlich nur insofern, als auch die Straftaten, die mit Zuchthaus bedroht sind, vermehrt worden sind; die Rechtslage ist nach dem Entwurf im Grunde die gleiche wie die des geltenden Rechts, nämlich die, daß alle Sachen, bei denen auf Zuchthaus erkannt werden kann, notwendig verteidigt werden müssen.

Bezüglich der notwendigen Verteidigung nach § 81 Strafprozeßordnung, also beim Verfahren über die Unterbringung des Angeschuldigten in eine öffentliche Irrenanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand, läßt es der Entwurf sachlich bei der Regelung des geltenden Rechts bewenden; insbesondere hat er nicht die alte Streitfrage entschieden, ob die

[27]) Ist zu erwarten, daß bei einem Vergehen ein besonders schwerer Fall angenommen werden wird und demnach auf Zuchthaus erkannt werden wird, so ist dies in der Anklageschrift hervorzuheben. Art. 67 Ziff. 109 E. (§ 200 StPO.).

Verteidigung nur für das Verfahren über die Unterbringung oder auch für das ganze darauffolgende Strafverfahren notwendig sein solle. Eine Aenderung ergibt sich nach dem Entwurf nur insofern, als dieser die Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt (nicht mehr Irrenanstalt!) nach § 81 schon im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren zuläßt und demnach die Worte „Angeschuldigten" und „Angeschuldigte" durch die Worte „Beschuldigten" und „Beschuldigte" ersetzt. Es ist also nach dem Entwurf gegebenenfalls die Notwendigkeit der Verteidigung und damit die Bestellungspflicht schon im vorbereitenden Verfahren nach der Stellung eines entsprechenden Antrags des Sachverständigen gegeben.

Gleichgeblieben im Entwurf ist auch die Regelung der notwendigen Verteidigung im Haftprüfungsverfahren mit der des geltenden Rechts. Neu ist jedoch im Entwurf, daß er die Vorschriften über die notwendige Verteidigung im Haftprüfungsverfahren auch entsprechend zur Anwendung kommen läßt, wenn das Gericht die durch den Entwurf neu geschaffene einstweilige Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt nach § 125 Strafprozeßordnung in der Fassung des Art. 67 Ziff. 74 E. anordnen will.

Erwähnt soll noch werden, daß der Entwurf den von der Reichstagskommission 1911 seinerzeit vorgeschlagenen § 138 a, den auch der Rechtsgangentwurf als § 162 übernommen hat, als § 139 a in die Strafprozeßordnung einfügen will.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Strafprozeßnovelle auf Grund des Entwurfs des Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch bezüglich der notwendigen Verteidigung es im wesentlichen sachlich bei der Regelung des geltenden Rechtes belassen hat. Die scheinbare Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung durch den neuzufassenden Abs. 3 des § 140 Strafprozeßordnung: notwendige Verteidigung für Gewohnheitsverbrecher, ferner bei Vergehen wegen zu erwartender Annahme eines besonders schweren Falls, kommt nicht sonderlich in Betracht, da dadurch nur solche Strafsachen notwendig verteidigt werden müßten, bei denen auf Zuchthaus erkannt werden kann, was auch im geltenden Recht, welches nur bei Verbrechen Zuchthausstrafe vorsieht, bestimmt ist. Einen wirklichen Fortschritt würde nur die Bestimmung über die notwendige Verteidigung bei der Möglichkeit der Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt bedeuten. Im übrigen würden die großen Ziele der Reformbestrebungen bezüglich der notwendigen Verteidigung: Erweiterung der Fälle der notwendigen Verteidigung, insbesondere auf alle Vergehen, und früherer Eintritt des notwendigen Verteidigers, insbesondere des bestellten, in das Strafverfahren, im großen und ganzen auch durch die Novelle zur Strafprozeßordnung auf Grund des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch nicht erreicht werden.